Nuova Collezione di Opere Giuridiche - N. 177.

Avv. ARTURO ROCCO

Professore di diritto e procedura penale nella R. Università di Siena

L'OGGETTO DEL REATO

E DELLA

TUTELA GIURIDICA PENALE

CONTRIBUTO

alle teorie generali del reato e della pena.

MILANO TORINO ROMA

FRATELLI BOCCA EDITORI

Depositario per la Sicilia: ORAZIO FIORENZA - PALERMO.

Deposito per Napoli e Provincia:

SOCIETÀ EDITRICE «DANTE ALIGHIERI» (ALBRIGHI, SEGATI E C.) - NAPOLI.

ITALIAN BOOK COMPANY - NEW YORK.

1913

Nuova Collezione di Opere Giuridiche

Volumi pubblicati:

L'OGGETTO DEL REATO

E DELLA TUTELA GIURIDICA PENALE

Avv. ARTURO ROCCO
Professore di diritto e procedura penale nella R. Università di Siena.

L'OGGETTO DEL REATO

E DELLA

TUTELA GIURIDICA PENALE

CONTRIBUTO

alle teorie generali del reato e della pena.

Milano TORINO Roma
FRATELLI BOCCA EDITORI

Depositario per la Sicilia: Orazio Fiorenza - Palermo.
Deposito per Napoli e Provincia:
Società Editrice «Dante Alighieri» (Albrighi, Segati e C.) - Napoli.
Italian Book Company - New York.

1913

AL MIO FRATELLO ALFREDO

PREFAZIONE

Questo libro vuol essere null'altro che un tentativo di costruzione dogmatica *del diritto penale positivo vigente intorno al così detto* " oggetto del reato ". *Tutto ciò che ha riguardo, da un lato, all'*esegesi, *dall'altro, alla* critica *della legge, resta fuori del còmpito suo* (1). *Chiedere ad esso la risoluzione di questioni pratiche, nella forma in cui esse si presentano nella interpretazione e nell'applicazione della legge ai singoli casi, sarebbe chiedergli ciò che esso non può e non vuol dare. Tuttavia il libro può avere indirettamente un'importanza pratica rilevante, perchè, come lavoro di scienza del diritto positivo, si propone di trovare appunto i* principî di diritto *che debbono guidare l'interprete, giurista o magistrato, nella risoluzione di una infinita quantità di pratiche controversie. Io stesso per primo ho sentito, e molti avranno sentito con me, nel campo della pratica forense, non meno che in quella della scuola e degli studi, il bisogno di accertare che cosa sia ciò che il reato offende e la pena protegge e insieme come si esplichi questa funzione di tutela propria del diritto penale, in che si assomigli, in che si distingua dalla tutela*

(1) Mi permetto, in questo proposito, di rinviare il lettore al mio scritto: *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale* nella " Rivista di diritto e procedura penale ", anno 1°, fasc. X (1910). Milano, Vallardi, 1910.

che il diritto in genere esercita nei rapporti della vita sociale. Non vi è, invero, un solo problema scientifico o pratico attinente alla così detta parte speciale *della nostra scienza, che non si riconnetta, in modo più o meno palese, alla ricerca di ciò che forma oggetto della offesa delittuosa e della tutela giuridica penale. La determinazione della natura dei singoli reati sulla base della legge penale vigente, il sistema stesso dei reati in ispecie, sarebbero, senza di essa, addirittura impossibili. Ma sopratutto su le* teorie generali *del diritto penale la ricerca in parola spiega una influenza decisiva e costante. Le teorie del diritto penale oggettivo e soggettivo, dello scopo della pena, dello illecito e del lecito penale, del danno criminale immediato e mediato, del dolo e della colpa, della distinzione fra reato e torto civile, fra delitto e contravvenzione; più ancora: le teorie del concorso ideale e reale di reati, del reato continuato, del reato permanente, della recidiva, della partecipazione, dell'errore di fatto e di diritto, del consenso dell'offeso, della difesa legittima, dello stato di necessità e delle cause di esclusione del reato e della pena in genere, del reato politico e via dicendo; in una parola, le dottrine tutte che costituiscono la* parte generale *della scienza nostra, sono, qual più, qual meno, intimamente legate alla dottrina dell'oggetto del reato e della tutela penale. Su la quale proprio non vorrei dire che la scienza abbia pronunziato una definitiva parola, tanta è l'incertezza che domina, in tal materia, la mente degli studiosi, incertezza che non presumo valga a dileguare del tutto neppure il modesto contributo che, con questo lavoro, io ardisco presentare ai lettori.*

E ora mi sia lecita un'avvertenza, d'indole del tutto privata e personale. Il presente volume è il frutto di indagini da me pazientemente condotte attraverso vari anni. Alcuni frammenti di esso, durante tal tempo, videro anticipatamente la luce, come saggi autonomi, in diverse Riviste. Ragioni professionali, le quali poco importa qui rammentare, mi costrinsero, mio malgrado, a stampare una parte dell'opera, prima assai che essa fosse portata a termine, cioè fin dagli ultimi mesi del 1909. Ciò varrà, spero, a giustificarmi di non aver io potuto tener conto, in tal

parte, delle pubblicazioni posteriori all'epoca in cui essa venne stampata (1) *e nemmeno delle cortesi, e spesso lusinghiere, osservazioni critiche a cui diedero luogo i saggi, da tal parte tratti, ed a sè pubblicati.*

Roma, dicembre del 1912.

ARTURO ROCCO.

(1) Accenno in particolar modo allo scritto dello HIRSCHBERG (Max), *Die Schutzobiekte der Verbrechen speziell untersucht an den Verbrechen gegen den Einzelnen, Eine Konstruktiv dogmatische Studie zugleich ein Beitrag zur Strafrechtsreform.* Breslau, Schletter, 1910, di pag. 154.

INDICE DELLE MATERIE

INTRODUZIONE

Posizione del problema.

PARTE I

CRITICA

TITOLO I.

Teorie subiettive.

Capitolo I.

Teoria della violazione di un diritto subiettivo (privato o pubblico) variabile per qualità secondo la specie del reato.

§ 1. — *Esposizione della teoria.*

§ 2. — *Valutazione critica della teoria.*

CAPITOLO II.

Teoria della violazione di un diritto subiettivo pubblico dello Stato (diritto all'obbedienza), unico e costante nella sua qualità (Teoria del Binding).

§ 1. — *Esposizione della teoria.*

§ 2. — *Valutazione critica della teorica del* BINDING.

TITOLO II.

Teorie obiettive.

CAPITOLO I.

Teoria della violazione del puro diritto obiettivo.

§ 1. — *Esposizione della teoria.*

§ 2. — *Valutazione critica della teoria.*

Capitolo II.

Teoria della violazione dell'obbligo giuridico.
(Teoria del Liepmann).

§ 1. — *Esposizione della teoria.*

§ 2. — *Valutazione critica della teoria.*

Capitolo III.

Teoria della violazione del bene o interesse giuridico.
(Teoria del Liszt e seguaci).

§ 1. — *Esposizione della teoria.*

§ 2. — *Valutazione critica della teoria.*

TITOLO III.

Teorie miste.

CAPITOLO I.

Teoria che distingue i reati a seconda che violino, oppur no, il diritto (obiettivo e subiettivo o soltanto subiettivo) (Teoria del WAECHTER e del LUDEN).

§ 1. — *Esposizione della teoria.*

§ 2. — *Valutazione critica della teoria.*

CAPITOLO II.

Teoria che concepisce il reato come offesa di interessi, secondo i casi, obiettivamente o subiettivamente protetti (Teoria del MERKEL).

§ 1. — *Esposizione della teoria.*

§ 2. — *Valutazione della teoria.*

PARTE II

TEORIA

Capitolo I.

Considerazioni generali.

Capitolo II.

L' " oggetto „ in senso logico. L' " oggetto „ della offesa delittuosa e della tutela giuridica penale.

Capitolo III.

Il " bene „ e l' " interesse „ umano al " bene „ della esistenza.

Capitolo IV.

Il reato come azione dannosa e pericolosa (reato come lesione e come minaccia di beni e interessi).

§ 1. — *Il concetto del danno e il concetto del pericolo.*

Capitolo V.

Il diritto penale come tutela di beni e interessi.

Capitolo VI.

Il reato come violazione dei precetti del diritto penale (reato come azione penalmente illecita).

§ 1. — *L'illiceità giuridica penale, in generale.*

§ 2. — *Gli elementi costitutivi della illiceità giuridica penale.*

§ 3. — *La liceità giuridica penale.*

Capitolo VII.

Beni giuridici e interessi giuridici nel diritto penale.

Capitolo VIII.

Il sistema dei beni e degli interessi giuridici in rapporto al sistema dei reati in ispecie.

INTRODUZIONE

Posizione del problema.

1. Importanza del problema e suoi rapporti con l'intero campo del diritto penale (in *nota:* concetto giuridico materiale e concetto giuridico formale del reato). — 2. Che s'intende per *oggetto* (giuridico) *del reato: Obietto giuridico, obietto materiale e soggetto passivo del reato:* necessità di tener distinti questi concetti. — 3. Determinazione di questi concetti. — 4. Rapporti e limiti fra questi concetti (in *nota:* risoluzione di alcune particolari questioni in proposito). — 5. Posizione del problema, nei suoi più semplici termini.

1. Una delle questioni più importanti e insieme più difficili e controverse che presenti la scienza del diritto penale è indubbiamente quella relativa alla determinazione del concetto del così detto *obietto giuridico* (obiettivo giuridico, o obiettività giuridica) del reato, vale a dire dell'oggetto della offesa (lesione o minaccia) contenuta nel reato (1). Determinare, infatti, che cosa sia

(1) Dell'obiettività giuridica del reato, cioè dell'oggetto dell'offesa in esso contenuta, si occupa particolarmente: Oppenheim, *Die Objekte des Verbrechens*, Basel, Benno Schwabe. 1894, specialmente pp. 147-253, 255-369. Con particolare riguardo ai reati patrimoniali vedi anche: Wagner (P.), *Beiträge zur Lehre von den Objekten des Verbrechens inbesondere der Vermogensdelikte*, Diss. Erlangen, 1897. pp. 1-90, specialmente pp. 1-52 e ivi (p. 1-34) la polemica con Oppenheim: esclusivamente dedicato allo studio dell'oggetto di offesa nei reati patrimoniali e Doerr. *Ueber das Objekt bei den Strafbaren Angriffen auf vermögensrechtlichen Interessen*, Breslau, 1897, pp. 1-235. Non è cosa diversa dall'oggetto dell'offesa delittuosa (*verbrecherische Angriffsobjekt*) l'oggetto della tutela giuridica penale (*Strafschutzobiekt*). Da esso è invece distinto quello che l'antica terminologia tedesca chiama *contenuto* (*Thatbestand*) del reato, che non è se non il concetto del reato guardato analiticamente nei

l'obietto giuridico del reato, generalmente considerato, altro non significa se non determinare il concetto stesso del reato, come *azione illecita,* come *torto giuridico penale* (2). Significa, cioè defi-

---

suoi elementi. (Cfr. Stübel, *Ueber den Thatbestand der Verbrechen*, Vittemberga, 1805; Berner, *Begriff des Verbrechens* nell' " Archiv des Criminalrechts ", N. F., 1849, pp. 442-471; Schaper, *Begriff und allgemeiner Thatbestand des Verbrechens* nell' Holtzendorff's *Handbuch*, vol. II, p. 87 e segg.; Kärcher, *Der allgemeine Thatbestand des Verbrechens* in " Gerichtssaal ", Bd. XXXIV, p. 153: nella nuova terminologia tedesca (Beling, *Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, § 1, pp. 1-4) (*Einleitung*), *Thatbestand, Thatbestandmässigkeit* sono espressioni che designano altri concetti (*tipo, tipicità del reato*).

(2) Si è considerato il reato ora come la violazione, pura e semplice, di una norma giuridica o dell'ordine giuridico nel complesso delle sue norme o insieme del diritto obiettivo e di un diritto subiettivo da esso fondato; ora come la violazione di un interesse individuale o dell'interesse sociale o dell'uno e dell'altro insieme o come un'offesa o un pericolo per le condizioni di esistenza della società: ora come la violazione del *minimum* delle condizioni etiche che si realizzano nella società o come violazione in genere delle norme morali, e delle norme della civiltà (Sui vari concetti del delitto nei sensi indicati vedi: Merkel, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889, § 6, pp. 15-20 e la profonda critica che egli ne porge e inoltre: Netter, *Das Prinzip der Vervollkomnung als Grundlage der Strafrechtsreform*, Berlin, 1900 *passim*; Beling, *Lehre von Verbrechen*, Tübingen, 1906, §§ 2, 5, 9). In tutte queste concezioni vi è un lato di vero e di buono, ma ognuna di esse, pur non essendo inesatta, pecca di unilateralità. Esse hanno il torto o di offrire un concetto, bensì *giuridico*, ma puramente *formale* del delitto ovvero di porgere una concezione soltanto *sociale* o *etica*, e non anche *giuridica*, del delitto medesimo. Ora il concetto *formale* del reato deve necessariamente accordarsi col suo concetto *materiale* o *sostanziale* perchè non è immaginabile una forma senza sostanza, come non è concepibile una sostanza informe. Il concetto formale (o, come suol dirsi, legale) e il concetto sostanziale (o etico-sociale) del reato costituiscono infatti due lati di una stessa realtà sociale e giuridica: dalla loro fusione, soltanto, potendo risultare il completo concetto giuridico del reato medesimo. Non basta dunque definire formalmente il reato come il *torto giuridico vietato dallo Stato sotto la minaccia di una pena* e nemmeno come l'*azione imputabile e illecita per cui il legislatore commina una pena* (Così, ad es.: Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1900 (10ª ed.), § 44, p. 169: " *Reato è il torto vietato dallo Stato sotto la minaccia di una pena* " ed anche (ma con maggior riguardo al lato sostanziale del concetto) § 26, p. 96: " *Reato è il torto vietato dallo Stato sotto la minaccia di una pena, a causa della sua pericolosità per l'ordine giuridico. Il torto, poi, si tratti di torto criminale, vale a dire di reato, come di delitto civile, è la colpevole azione illecita* ". Così pure: Janka, *Das österreichische Strafrecht*, vierte Auflage von Kallina, Wien, 1902,

nirlo in quel suo *elemento costitutivo* ed essenziale che è l'*illiceità* o *contrarietà al diritto*, in quella che i tedeschi chiamano la *Rechts-*

---

§ 25, p. 41: " Il reato è un torto giuridico, esso è il torto vietato con pena „; § 26, p. 44: " Il reato è un comportamento punibile, colpevole e contrario al diritto „; LILIENTHAL, *Grundriss zur Vorlesung über deutsches Strafrecht*, zweite Auflage, Marburg, 1900, § 12, p. 28: " Il reato è, giuridicamente considerato, l'azione imputabile e illecita vietata con pena „). È altresì necessario introdurre nella definizione qualche elemento che valga a far riconoscere il torto punibile, ad avvicinarlo, da un lato, e, dall'altro, a distinguerlo dagli altri torti giuridici, cioè dalle altre azioni imputabili illecite e dannose che portano seco altre conseguenze giuridiche, che non sono la pena: e questo elemento non può, sembra a noi, esser dato se non dall'esame della realtà psicologica del reato, cioè da un lato dall'esame degli effetti psicologici che il reato obiettivamente produce nell'ambiente sociale e dall'altro dall'esame della personalità psicologica del delinquente, quale è rivelata dal reato. (In senso, in parte uguale e in parte diverso, il LIEPMANN (M.), *Einleitung in das Strafrecht. Eine Kritik der kriminalistischen Grundbegriffe*, Berlin, 1900, *Einleitung*, dove osserva giustamente (nº 2, p. 3): " Da ciò risulta, dunque, che non è sufficiente definire il reato come l'azione vietata con pena dal diritto positivo..... ma è invece necessario stabilire, mediante apposita indagine, per quali generali caratteristiche il torto punibile può essere riconosciuto..... „). Ugualmente e più erroneo sarebbe d'altra parte il tentativo di una nozione puramente sociologica del delitto, scompagnata dalla sua nozione giuridica positiva ed eventualmente ad essa antitetica. (A torto quindi il LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (10ª ed.), § 96, p. 26, nota 1, separa il *positivrechtliche* dal *soziologische Begriff* del reato come due concetti diversi e quasi antitetici: non così però nella 12ª ed., Berlin, 1903, § 26, p. 118, dove la nota è soppressa). La concezione del così detto *delitto naturale* (o *sociale*), quale ci viene offerta da taluni moderni sociologi non è anch'essa che una concezione esclusivamente sociologica e per ciò solo incompleta ed unilaterale. Ma essa pecca di sostanziali inesattezze ogni qual volta introduce in tale concezione elementi che l'esame della realtà positiva del diritto e del delitto, giuridicamente considerato, solennemente smentisce o rivela o abbondanti o manchevoli. Sulla concezione del così detto delitto naturale, la quale non è altro in fondo se non un rimaneggiamento, non sempre riveduto e migliorato, della nota definizione Iheringhiana del reato (JHERING, *Zweck im Recht*, vol. I, 2ª ed., Leipzig, 1893, p. 490: " Reato è il pericolo per le condizioni di vita della società constatato da parte del legislatore come rimovibile soltanto mediante la pena „; v. anche: JELLINEK, *Sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Wien, 1878, p. 56 (offesa alle condizioni di esistenza della società)); vedi, in vario senso: GAROFALO, *Criminologia*, Torino, 1891 (2ª ed.), p. I, cap. 1º, pp. 1-51; *Il delitto come fenomeno sociale* negli *Studi giuridici per le onoranze a Francesco Carrara*, Lucca, 1899, p. 321 e segg.; FERRI, *Sociologia Criminale*, (4ª ed.), Torino, 1900, p. 125 e segg.; *Il delitto naturale* nella " Scuola Positiva „,

widrigkeit (antigiuridicità) dell'azione (3). E poichè ciò che il reato lede o minaccia, la pena naturalmente tutela, così la determina-

---

vol. IX, pp. 1-24; *La justice pénale*, Bruxelles 1898, pp. 10-11; Berenini, *Offese e difese*, Parma, 1886, pp. 21, 98; Colajanni, *Sociologia criminale*, Catania, 1889, p. 41 e segg.; Puglia, *Nozione del delitto secondo la scienza positiva* in " Archivio di psichiatria ", XVIII, p. 259; *Sulle conseguenze della nozione positiva del delitto*, " ibidem ", XIX, p. 419; Florian, *Dei reati e delle pene in generale* nel " Trattato di diritto penale ", edito da F. Vallardi, Milano, in corso di pubblicazione, vol. I, pp. 90-92 e altri autori citati in Ferri, *Op. cit.*, l. c. Non è qui il luogo di una revisione critica di tali opinioni, come di una determinazione del concetto del reato considerato nei vari suoi aspetti. Per la prima, vedi le acute critiche di Lucchini, *I semplicisti (antropologi, psicologi e sociologi) del diritto penale*, Torino 1886, cap. II; Stoppato, *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, Padova, 1896, p. 22; Carnevale, *Il naturalismo nel diritto criminale* nella " Giustizia Penale ", 1895, p. 131 e segg.; Manzini, *L'evoluzione e lo stato del diritto penale*, Torino, 1900, nº 46, pp. 109-114; Civoli, *Lezioni di diritto penale*, Parte prima, Torino, 1895, pp. 70-75 (pur tenendo conto che a non tutte le osservazioni critiche di questi scrittori noi possiamo naturalmente sottoscrivere). Per la determinazione del concetto giuridico *sostanziale* del reato, per nulla antitetico al concetto giuridico *formale* di esso, bene di recente Finger, *Verbrechen und Strafe als sociale Erscheinungen* nel " Gerichtssaal ", Bd. LXXII, (1908), p. 22.

(3) Pur considerando il concetto giuridico del reato come un concetto fondamentale *specifico* del diritto penale, è tuttavia indubitato che si debba riconoscere in esso una particolare sottospecie del *torto giuridico* in generale, una particolare specie di *azione illecita* (Sul concetto del *torto giuridico* (che è per noi l'*azione umana imputabile, illecita e dannosa*) nella *teoria generale del diritto* (*Allgemeine Rechtslehre*) vedi il mio libro: *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, Napoli, Jovene, 1906, pp. 166-175). Come tale, il reato può essere studiato analiticamente non solo nel suo *elemento materiale o fisico* (reato, come azione) non solo nel suo *elemento morale o psichico* (reato, come *azione imputabile*) ma altresì nella sua *illiceità* o *antigiuridicità* o *contrarietà al diritto* (reato come azione *illecita*, reato come *torto giuridico*: *rechtswidrige Handlung*, secondo i tedeschi) e nel suo risultato *dannoso o pericoloso* (reato come azione *dannosa*). Cfr. Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (16ª ed.), § 26, p. 98 e segg. e particolarmente ai §§ 32-35, pp. 115-130, il quale trascura però a torto l'elemento del " danno " (reale o potenziale) quale elemento costitutivo del reato come di ogni altro torto giuridico in genere. Sul reato considerato come azione *illecita*, vedi specialmente: Torp, *Die Lehre von der rechtswidrigen Handlung in der nordischen Rechtswissenschaft* nella " Zeitschrift f. die gesammte Strafrechtswissenschaft ", Bd. XXIII, pp. 84-105. Stern, *Verbrechen und Gesetzwidrigkeit* in " Archiv f. Kriminalanthropologie ", Bd. VIII, pp. 166-

zione dell'obietto dell'offesa delittuosa implica di necessità anche la determinazione dell'obietto della tutela giuridica penale. Essa involge per tal modo il problema stesso del diritto penale nella sua funzione di tutela e di garanzia degli *interessi* o *beni* della vita individuale e sociale (4). Nè basta ancora. Poichè il danno, in senso giuridico, altro non è, e non può essere, se non la restrizione o il sacrificio di un *interesse*, la diminuzione o la sottrazione di un *bene altrui* protetto da una norma giuridica, poco importa se *obiettivamente* (interesse o bene giuridico) o *subiettivamente* (diritto subiettivo) (5), così la determinazione dell'obietto dell'offesa delittuosa e della tutela giuridica penale coinvolge seco necessariamente la

176; Kessler, *Die Lehre von d. Rechtswidrigkeit im Strafrecht* nel " Gerichtssaal „ Bd. LV, (1898), p. 1; Stooss, *Die Strafrechtswidrigkeit* nella " Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft „ Bd. XXIV, pp. 319-332; e il bel libro di Hold von Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechtes*. Erster Band (*Der Begriff der Rechtswidrigkeit*), Jena, 1903, pp. 209-399; Zweiter Band, Erste Abteilung (*Notstand und Notwehr*), Jena, 1905, *Einleitung*, pp. 1-38; più di recente: Dohna, *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal*, Halle a. S., 1905, p. 38 e segg., che applica i principii di Stammler al concetto della *illiceità*. Se poi la *illiceità* contenuta nel reato si distingua da quella contenuta in altre azioni illecite che non hanno per conseguenza giuridica una pena, se cioè si debba distinguere una *illiceità di diritto penale* in contrapposto alla *illiceità di diritto privato e di diritto pubblico*, è questione che in parte si identifica con quella della differenza fra il *reato*, come *torto punibile*, e il *torto* non punibile (*delitto e quasi delitto civile* e in genere ogni *fatto illecito* che produce conseguenze giuridiche, di diritto privato o pubblico, non aventi il carattere di pena). Su questa questione, sempre viva nella dottrina, vedi, da ultimo, Brunetti (Giovanni) nel suo elaborato volume: *Il delitto civile*, Firenze, Seeber, 1906, parte seconda, sezione 1ª, pp. 267-395, dove viene istituita una fedele esposizione e una acuta valutazione critica delle varie teoriche, specialmente tedesche, intorno alla distinzione fra *reato* e *torto civile* e si conclude (a torto tuttavia, secondo noi) col propugnare l'abolizione della figura giuridica del delitto (fatto illecito doloso) civile.

(4) Sul diritto penale come tutela di interessi cfr. più di proposito Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, § 13 (*Das Strafrecht als Interessenschutz*), pp. 53-57; Oetker, *Rechtsgüterschutz und Strafe* nella " Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft „ Bd. XVII, p. 493 e segg. Vedi anche più oltre gli autori citati a nota 31.

(5) Cfr. Rocco, *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, Napoli, 1906, p. 174; 273-275.

risoluzione del problema del così detto “ *danno criminale* „ e in particolare di quella parte di esso che dal reato *direttamente* deriva e che suol tradizionalmente designarsi sotto il nome di “ *danno immediato* „ (6). Infine, tutta la sistemazione scientifica della così detta *parte speciale* del diritto penale dipende interamente, chi ben consideri, dalla determinazione di ciò che costituisce l'oggetto giuridico del reato in generale. Il criterio naturale che presiede all'ordinamento sistematico della parte speciale della nostra scienza da altro, infatti non è, e non può essere, fornito se non dalla diversità degli oggetti tutelati dalle pene e offesi dai reati (7). Il problema dell'obiettività giuridica del reato diventa così come il problema centrale intorno a cui si aggirano molti altri problemi, principali o secondari, generali o speciali, del diritto penale.

2. Ma che cosa, anzi tutto, si intende quando di *oggetto giuridico* di un reato si parla? Quale è il valore giuridico che deve

---

(6) Sul così detto *danno immediato* del delitto, vedi: CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale*, Napoli, 1854, §§ 120 e segg., 124, 132 e segg.; CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca, 1871, vol. I, §§ 96-118.

(7) Tale è la concorde opinione della dottrina. Vedi, ad esempio, tra i più recenti: MEYER (H.), *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Fünfte Auflage, Leipzig, 1895, § 4, pp. 27-28: “ I delitti diversificano fra di loro: .... *b)* secondo il loro oggetto epperò secondo il bene giuridico offeso mediante essi „: MERKEL, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889, § 13, p. 37: “ La maggiore importanza per il sistema complessivo dei concetti dei singoli delitti assume la diversità degli interessi giuridicamente tutelati i quali sono in essi immediatamente implicati „; LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, § 79, p. 282: “ Il criterio naturale di divisione della parte speciale della nostra scienza, ora generalmente applicato nelle trattazioni scientifiche del diritto penale, è formato dalle diversità dei beni giuridici minacciati mediante il delitto e tutelati mediante la pena, epperò di quegli interessi i quali ricevono dalla legislazione una tutela giuridica e più precisamente una tutela giuridica penale „: BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, Besonderer Teil, Erster Band, (Zweite Auflage), Leipzig, 1902, § 2, p. 6: “ I diversi beni giuridici così per la trattazione legislativa come per la trattazione scientifica si presentano associati in gruppi; essi appaiono come i diversi lati, bisognosi di tutela, di una più alta unità alla cui complessiva tutela si ricollegano le norme protettrici dei singoli beni giuridici. Sorge così un terzo criterio di classificazione dei delitti: la diversità delle offese desunta dalla diversità dei beni giuridici „.

attribuirsi a questa espressione? La determinazione del significato tecnico o giuridico proprio di queste parole va ad ogni altra cosa premessa, giacchè non è possibile nè pure porre i termini di una questione se non si sia intesi intorno a ciò di cui si questiona. Questa determinazione è tanto più necessaria, quanto più equivoco e discordante appare talvolta negli autori il senso che a questa espressione si assegna, e quanto maggiore è la confusione che da taluni suol farsi fra *obietto giuridico* e *obietto materiale* del reato, fra l'*obietto giuridico* e l'*obietto materiale* del reato da un lato e il *soggetto passivo* del reato stesso, dall'altro. Non solo, infatti, nella dottrina si suol tenere indistinto il concetto di *obietto giuridico* da quello di *obietto materiale* del reato ma, quel che è più, l'uno e l'altro concetto si sogliono bene spesso identificare con quello, sostanzialmente diverso, di *soggetto passivo* di un reato. Così, per il CARRARA, l'uomo o la cosa su cui cadono gli atti materiali del colpevole, al pravo fine indirizzati, sono il *soggetto passivo* del delitto „ (8), mentre " *oggetto* del delitto non può essere che *un diritto* al quale la legge abbia espressamente accordata la sua tutela col divieto e con la sanzione „ (9). E non diversamente opina l'IMPALLOMENI per cui " *soggetto passivo* del reato sono le persone o le cose su le quali si esercita l'attività del reo „ mentre " la persona fisica o morale offesa altrimenti dal reato è *paziente del reato* „ ed è " *obietto* del reato la legge, per ciò stesso che ne è la violazione „ (10). Il LUCCHINI (11), invece, il TUOZZI (12) e

---

(8) CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, vol. I, Parte generale, Lucca, 1871, § 40 (e v. pure § 42).

(9) CARRARA, *Programma*, vol. 1, Parte generale, § 42, e v. pure § 36. Nello stesso senso vedi già CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Pisa, 1834, 1. II.

(10) IMPALLOMENI, *Sul reato continuato*, nella " Rivista Penale „, vol. XXV, p. 298 e segg.; *Il Codice penale italiano illustrato*, Firenze, 1904, (2ª ediz.), vol. I, p. 22; *Istituzioni di diritto penale*, opera postuma edita a cura di V. LANZA, Torino, Un. Tip. Ed., 1908, p. 72. Nello stesso senso: BRUSA, *Saggio di una dottrina generale del reato*, Torino, 1884, § 9; MECACCI, *Trattato di diritto penale*, vol. I, Torino, 1901, p. 226.

(11) LUCCHINI, *Ancora sul reato continuato*, nella " Rivista Penale „, vol. XXV, p. 297.

(12) TUOZZI, *Corso di diritto penale*, vol. I, (2ª ediz.), Napoli, 1899, p. 152.

l'ALIMENA (13) ritengono che *soggetto passivo* del reato sia sempre la persona offesa o danneggiata dal reato, e chiamano, per contro, *obietto*, ciò che il CARRARA definisce " *soggetto passivo* ". In fondo la questione è puramente terminologica, nè vi è, a ben guardare, un disaccordo sostanziale fra gli autori. Ma poichè pur su le questioni di parole bisogna intendersi nè conviene trascurare l'esattezza tecnica del linguaggio, che è poi l'esattezza dei concetti che con esso si esprimono, noi non esiteremmo a spender la frase " soggetto passivo del reato ", nel secondo, più tosto che nel primo dei due sensi accennati; senso, del resto, che dall'ORTOLAN in poi (14) si suole a quell'espressione comunemente e tradizionalmente attribuire anche dalla dottrina francese (15). Se si guarda, infatti, al *reato* come *azione materiale*, è improprio ed ambiguo chiamar " *soggetto passivo* " l'uomo o la cosa su cui essa cade. Questa espressione è già consacrata dalla tecnica giuridica, in tutti i campi del diritto, per designare il *soggetto di un obbligo o dovere giuridico* (*soggetto passivo* del rapporto giuridico) in contrapposto a colui a cui spetta la corrispondente *pretesa* giuridica (*soggetto attivo* del rapporto giuridico, soggetto del diritto) (16). Essa quindi si riferisce sempre a un subietto di diritto, uomo o collettività di uomini, persona fisica o persona giuridica, non mai a una *cosa*, che è obietto e non subietto, di diritto. Se poi si guarda al reato come azione *illecita*, al reato in quanto è *torto giuridico*, *violazione del*

---

(13) ALIMENA, *Del concorso di reati e di pene* nella " Enciclopedia del diritto penale italiano " del PESSINA, vol. V, Milano, 1904, pp. 399 e 400.

(14) ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, 3ª ed., tome I, Paris, 1863, nⁱ 556 e nⁱ 542 (che a torto il CARRARA, *Programma*, § 42, nota 1, senza precisa indicazione di opera e di luogo, designa come seguace della sua stessa nomenclatura).

(15) Vedi, fra i più recenti: GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, vol. I (2ª ed.), Paris, 1898, nº 224, p. 423; *Précis de droit criminel* (7ª ed.), Paris, 1901, nº 46, p. 59; LABORDE, *Cours de droit criminel* (2ª ed.), Paris, 1898, nº 58, p. 38; VIDAL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire* (2ª ed.), Paris, 1902, nⁱ 65 e 66. Per la dottrina belga, v., nello stesso senso: HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, Gand-Paris, 1869, nº 231.

(16) Cfr. JHERING, *Passive Wirkungen des Rechts* nei JHERING's " Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts ", Bd. X, nº 8; ROGUIN, *La règle du droit*, Lausanne, 1889, p. 78.

diritto, è addirittura inesatto dire *soggetto passivo* l'uomo o la cosa su cui si esercita l'attività del reo. Soltanto l'uno, non l'altra, può essere invero soggetto del diritto subiettivo o del bene o interesse giuridico, offeso dall'azione delittuosa. Per tanto la *res* su cui si esplicano gli atti materiali del reo non può costituir mai, e in nessun senso, il " *soggetto* „ sia pur *passivo*, di un reato. Essa non può esserne, invece, che l'*obietto materiale*. Nel campo del diritto — ed anche del diritto penale — è sempre l'*uomo* il *soggetto*, non mai la *cosa*. Questa può essere *obietto* di *diritti* e di *rapporti giuridici*, ma solo l'*uomo*, o meglio, la *persona* (individuo o ente collettivo) può esserne il soggetto, *attivo* o *passivo*.

3. Bisogna, dunque, secondo a noi pare, tener distinto il *soggetto passivo* del reato dall'*obietto materiale* e dall'*obietto giuridico* del reato medesimo. *Soggetto passivo* è quello che altrimenti si designa come *paziente* o *vittima* del reato. quello che, con espressioni tecnicamente equivalenti, si chiama *offeso* o *leso* o *danneggiato* dal reato (17). È cioè la persona, in senso giuridico, — sia essa un uomo o una collettività di uomini — o la società stessa organizzata che dal reato viene direttamente e immediatamente offesa; è il soggetto del diritto, il portatore del bene, il destinatario dell'interesse protetto dalla norma giuridica penale, e leso o minacciato dall'azione delittuosa. Questo soggetto ben si qualifica come sog-

(17) Le espressioni: " offeso „, " leso „, " danneggiato „ (a differenza di quelle: *paziente* o *vittima* o *soggetto passivo* del reato) sono testualmente legislative. Vedi, ad esempio: *Codice penale*, art. 38; art. 52: art. 88; art. 102: *Codice di procedura penale*, art. 2; art. 3; art. 6; art. 7; art. 104: art. 109; art. 110; art. 563; art. 569; art. 573; art. 574; art. 577; art. 578; art. 583. Benchè forse nel proposito di alcuni di coloro che contribuirono alla formazione della legge fosse di far differenza fra *danno giuridico* e *lesione giuridica* (e quindi fra danneggiato e leso o offeso) nel senso di chiamar *danno* esclusivamente il " danno civile „ e più specialmente *patrimoniale* (danno risarcibile) e *lesione* (o offesa) giuridica il *danno criminale* diretto o immediato. in realtà, come risulta dall'esame di quegli articoli, la legge usa promiscuamente le parole danno, lesione, offesa e quindi danneggiato, leso o offeso per designare tanto il danno civile che il danno criminale (diretto o immediato), tanto il *danno* (lesione o offesa) che il *pericolo di danno* (minaccia), tanto il danneggiato civilmente che il soggetto passivo o paziente o vittima del reato (penalmente danneggiato).

getto " passivo „ giacchè in ogni reato, " *persona dupliciter spectatur : ejus qui fecit et ejus qui passus est* „ (18). Ma un altro, sebbene improprio, senso può ancora avere l'espressione: soggetto passivo del reato. Se infatti è vero — come è generalmente riconosciuto — che ogni reato, oltre un interesse privato (individuale o collettivo) lede pur sempre, almeno indirettamente e mediatamente, anche un interesse pubblico e sociale, un interesse della società giuridicamente organizzata (19), soggetto passivo del reato, in un certo senso almeno, può dirsi essere anche al tempo stesso e sempre la società, come non a torto avvertiva da tempo il BUCCELLATI (20). — A differenza del soggetto passivo, *obietto materiale* del reato può essere, invece, tanto l'*uomo* che la *cosa*, in quanto l'uno o l'altra formino la materia su cui cade l'attività fisica del colpevole (21). Obietto materiale del reato è quindi, in altre parole, il *corpus delicti* (22). Invero, ogni reato, in quanto consiste in una *illiceità*, in

---

(18) Fr. 16, § 3, *Dig.*, *De poenis*, XLVIII, 19.

(19) Così di recente anche il CARNEVALE, *Ragione del diritto di punire* nella " Rivista penale „, vol. LXV (XV della 4ª serie), nº 5, p. 127, sub *a*, e il BRUSA, *Dell'illecito civile e dell'illecito penale* negli " Atti della R. Accademia delle Scienze di Torino „, vol. XLII, Torino, 1907, p. 8.

(20) BUCCELLATI, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Milano, 1884, nº 462; così pure ORTOLAN, *Élém. de dr. pen.*, I, n. 546; contro: ALIMENA, *Del concorso di reati e di pene*, p. 399.

(21) Nello stesso senso: LUCCHINI, op. cit., l. c.: ALIMENA, op. cit., p. 400, e lo stesso CARRARA, *Programma*, parte generale, vol. I, § 36: " L'azione materiale avrà per oggetto la *cosa* o l'*uomo*... „: § 37: " L'*azione* guardata come *fatto materiale* si compone di diversi momenti, ciascuno dei quali ha una relativa oggettività distinta che sta nelle *cose* od *uomini* su cui l'*azione* stessa successivamente si svolge nel corso di tali momenti „; § 39: " Così (a modo di esempio) nel furto l'*oggetto* dell'*atto materiale* di prendere la cosa altrui, sarà la *cosa* stessa „. La stessa espressione " obiettività materiale „ si trova pure in CARRARA, *Programma*, I, § 43.

(22) *Corpus criminis* è però un concetto più lato di quello di *obietto materiale* di un reato, giacchè comprende non solo l'oggetto (uomo o cosa) *su cui* materialmente cade l'azione del reo, ma altresì gli oggetti *con cui* il reato viene materialmente commesso, cioè, i mezzi materiali e gli strumenti del reato (*instrumenta sceleris*) (che il CARRARA, *Programma*, § 40, chiama scolasticamente *soggetto attivo secondario* del delitto) e perfino le cose che sono il prodotto del reato. Sul concetto giuridico del " corpus crim. „ vedi LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, 3ª ed., Firenze, 1905, nº 237, p. 269; BELING, *Lehre von Verbrechen*, Tübingen, 1906, p. 4; ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*,

un torto giuridico, in quanto è *violazione* (o offesa) *di diritto*, lede o minaccia un determinato bene o interesse giuridico o un determinato diritto subiettivo, il di cui soggetto è, come si è detto, il soggetto passivo del reato. Ma come *fatto*, come *azione* in senso *materiale*, ogni reato è concepibile solo in quanto si esplichi su oggetti del mondo esteriore, su *uomini* o su *cose* (23). E questi sono appunto gli *obietti materiali* del reato. — *Obietto giuridico* del reato, invece, altro non è, se non, come vedremo, il bene o interesse, eventualmente un vero e proprio diritto subiettivo, protetto da una norma giuridica imposta sotto sanzione penale e violata mediante una azione delittuosa. Naturalmente poi, e per ciò stesso, obietto giuridico del reato è anche la *norma giuridica* che quel bene o interesse tutela e nella cui trasgressione è il reato, è anche l'*obbligo o dovere giuridico* che da quella norma discende e al cui adempimento il cittadino è tenuto, è anche la *pretesa giuridica* che a quest'obbligo corrisponde, è anche il *rapporto giuridico* che risulta da quell'obbligo e da questa pretesa. E poichè, come si è detto, il reato non è solo l'offesa diretta e immediata dell'interesse giuridico della persona che è vittima del reato, ma è in pari tempo l'offesa quanto meno indiretta e mediata di un interesse della società, giuridicamente organizzata (Stato), non è da escludere possa chiamarsi obietto giuridico del reato anche l'*interesse pubblico e sociale* che è dalle norme del diritto penale giuridicamente protetto e dal reato indirettamente offeso (24).

Paris, 1863, t. I, n¹ 1129-1141, pp. 483-488. Sul “ mezzo „ dell'azione delittuosa, vedi: BERNER. *Trattato di diritto penale*, trad. BERTOLA, Milano, 1891 (2ª ed.), § 88. pp. 127-128; JANKA, *Das österreichische Strafrecht*, Wien, 1902, § 38, pagine 58-59. Tanto meno deve andar confuso il soggetto passivo del reato coi “ mezzi materiali „ del reato stesso; es.: il libello nella diffamazione e nella calunnia, l'arma nell'omicidio o nella lesione, la lettera minatoria nel ricatto, il cartello di sfida nel duello, ecc.

(23) Conforme: LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1900, § 26, p. 96, nota 2; GERLAND, nel “ Gerichtssaal „, Bd. LIX, p. 93: “ oggetti dei reati sono gli organismi concretamente esistenti nel mondo corporeo „.

(24) Quanto vien detto nel testo per spiegare il significato della espressione “ obietto giuridico „ del reato in contrapposto all' “ obietto materiale „ e al “ soggetto passivo „ del reato anticipa in certo modo alcuni risultati di questo studio (su cui confronta la parte II di questo lavoro).

4. Come si vede, l'*obietto giuridico* del reato è dunque ben distinto dal suo *obietto materiale* e tanto più dal *soggetto passivo* del reato medesimo (25). Ciò non vuol dire però che si tratti di concetti giuridici l'un dall'altro assolutamente separati e posti

---

(25) Il Manzini, nel suo recente e pregevole *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I. Torino, 1908, nⁱ 285 e segg., pp. 461 e segg., non sembra sia riescito neppure egli, malgrado le sue acute osservazioni, a liberarsi dell'equivoco fra l'*obietto giuridico* (obietto dell'offesa), l'*obietto materiale* (obietto dell'azione) e il *soggetto passivo* del reato; sopra tutto perchè gli è venuta meno la distinzione fra l'*obietto del reato*, in senso *materiale* (obietto dell'azione), e l'*obietto del reato* in senso giuridico (obietto della lesione o minaccia). Egli, infatti, dopo aver detto che " obietto del reato è tutto quello cui l'attività delittuosa può rivolgersi (qui l'A. sembra parlare dell'obietto dell'*azione*); *soggetto passivo* invece non può essere in senso giuridico che un titolare di diritti o di interessi giuridicamente protetti „ (nⁱ 285, pp. 461-462), così determina più da vicino il concetto di obietto del reato (nº 286, p. 662): " *Obietto* di un reato può divenire pertanto ogni uomo nato ovvero nello stato di vita intrauterina (come nel procurato aborto) vivo o morto (come nella violazione di cadaveri, nelle ingiurie contro i defunti); sano di mente o folle, di età minore o maggiore, con o senza discernimento. Può divenirlo ancora una collettività, provvista o meno di personalità giuridica. Possono esserlo semplici idee o sentimenti come il culto alla divinità, la religione delle tombe, ecc. Possono divenirlo le cose inanimate e gli animali e non solo quando il fatto delittuoso reca danno all'avente diritto sopra di esse o di essi, ma altresì quando questi esorbita dal suo diritto, come nell'appiccato incendio a un proprio edificio o nel maltrattamento dei propri animali „. Evidentemente il concetto del Manzini non può accogliersi, qualunque sia il senso che si dà alla espressione da lui usata di " obietto del reato „. Infatti: O per obietto del reato intende qui il Manzini l'*obietto materiale*, e allora tale può essere, sì, l'*uomo* prima, durante o dopo la vita e possono esserlo le *cose inanimate*, gli *animali* bruti, ma non già una *collettività* (persona giuridica o no), su cui non può materialmente cadere l'azione delittuosa, e tanto meno semplici *idee* o *sentimenti*: una collettività potrà essere il *soggetto passivo*, non l'*obietto materiale* di un reato; la idea o il sentimento, in quanto costituisce un *bene* dal diritto tutelato, potrà essere l'*obietto giuridico*, non l'*obietto materiale* del reato. O per obietto del reato intende il Manzini l'*obietto giuridico* di esso e allora tale potrà ben essere l'interesse al culto della divinità o alla religione delle tombe, ecc., ma non la cosa inanimata o l'animale, che non può invece costituir altro che l'*obietto materiale*, non già *giuridico*, del reato stesso, e nemmeno l'*uomo*, nato o no, vivo o morto, o la *collettività* di uomini, che altro non può essere se non il soggetto del *diritto subiettivo* o dello *interesse* giuridico offeso dal reato, cioè il *soggetto passivo*, non mai l'*obietto*, sia pur giuridico, del reato medesimo.

di fronte. Relazioni possono invece correre, e corrono infatti, fra l'uno e l'altro concetto. Il rapporto, per esempio, che stringe insieme l'*obietto giuridico* di un reato col *soggetto passivo* del reato stesso, è così evidente che non ha bisogno neppure di essere rilevato. Esso è il medesimo che corre fra l'interesse o bene giuridico o il diritto subiettivo e il suo soggetto o portatore o destinatario che si voglia dire. Ma anche l'*obietto materiale* sta in una certa relazione con l'*obietto giuridico del reato*: giacchè gli *uomini* e le *cose*, su cui cade l'azione materiale del reo, debbono pure apparire come incorporazioni dei *beni* o *interessi giuridici* protetti dalla legge penale, se deve, come pur deve, essere *illecita* cioè, contraria agli uni ed all'altra, l'azione commessa su quegli uomini o su quelle cose (26). E tali appaiono infatti, gli uni e le altre, sol che si pensi che l'interesse giuridico o il diritto subiettivo offeso dal reato non può a meno di presupporre un *soggetto*, a cui l'interesse o il diritto appartenga, e un *oggetto* a cui o su cui quel subietto abbia interesse o diritto. E si pensi che *soggetti* di diritti o interessi giuridici non sono che gli *uomini*, *oggetti* di diritti o interessi giuridici non sono che *uomini* o *cose* (27).

---

(26) In questo senso anche: Liszt, *Lehrbuch d. deutschen Strafrechts*, § 26, p. 96, nota 2. Il Carrara, *Programma*, vol. I. § 36, disconosce, invece, questo rapporto fra l'obietto materiale e l'obietto giuridico del reato.

(27) Che " soggetto " di un " diritto " o di un " interesse giuridico " non possa essere che un *uomo* o una *collettività di uomini*, è affermazione che non ha bisogno di giustificazione veruna. Ma non è meno evidente l'affermazione fatta nel testo che cioè oggetto di diritti o di interessi giuridici non possa essere se non l'*uomo* o la *cosa*. Per quanto riguarda i diritti soggettivi è noto che essi si distinguono appunto, a seconda dell'*oggetto* su cui cadono, *in diritti sulle cose* (diritti reali) e *diritti su le altre persone* (diritti personali) (cfr. Windscheid, *Lehrbuch d. Pandektenrechts*, trad. Fadda e Bensa, §§ 38, 39, 40, 41 nota; Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Bd. I, Leipzig, 1895, § 25, p. 260; Vanni, *Lezioni di filosofia del diritto*, Bologna, 1904, pp. 140-150). Quanto ai *diritti della personalità* (vita, onore, libertà, ecc.), impropriamente designati come *diritti su la propria persona* (Cfr. Rava, *I diritti su la propria persona*, Torino, 1901, p. 169), dato che se ne voglia riconoscere l'esistenza, è certo che si riducono anch'essi (come diritti *verso* gli altri al rispetto dei proprî *beni personali*) a questa seconda categoria. Del resto, pur volendo far di essi una autonoma classe di diritti e pur riconoscendo come loro specifico oggetto non l'*altrui*, ma *la propria persona*, il principio da noi affermato nel testo non riceverebbe alcun affronto. È poi da notare che alla categoria dei *diritti su*

Quanto si è detto dà anche la ragione della confusione accennata fra il *soggetto passivo* e l'*obietto materiale* del reato. Questa confusione è naturalissima quando l'azione materiale del colpevole cade sopra un *uomo*, e questo è al tempo stesso il soggetto dell'interesse giuridico offeso: perchè allora, come ben si intende, l'*obietto materiale* del reato si identifica col *soggetto passivo* del reato medesimo. Avviene così nell'*omicidio* (art. 364, cod. pen.), dove l'uomo è l'*oggetto materiale* dell'azione ed è pure il soggetto del *bene* o *interesse giuridico* (vita) offeso dall'azione, cioè il *soggetto passivo* del reato. Ciò non autorizza però a far tutt'uno dell'obietto materiale e del *soggetto passivo* del reato. Altri casi vi sono in cui questa confusione non è punto giustificata, perchè in essi nessuna

---

le *altre persone* non appartengono solo i *diritti*, propriamente detti, *ma i diritti della personalità* in cui l'oggetto sul quale si esercita la *facultas agendi* del soggetto attivo del diritto è proprio una persona (così nei diritti di famiglia: patria potestà, potestà maritale, ecc., nei diritti di supremazia dello Stato sui sudditi, ecc.). Ad essa appartengono anche le *obbligazioni* di diritto privato e di diritto pubblico, in cui manca, in vero e proprio senso, un *oggetto* (cosa o persona) su cui si eserciti la *facultas agendi* del titolare del diritto, per la semplice ragione che manca la stessa *facultas agendi* del soggetto attivo. Ma anche nei diritti di credito, in quanto costituiscono *pretese giuridiche* verso gli altri, un *oggetto*, sebbene in diverso senso (come oggetto di una pretesa giuridica verso il debitore, non di una *facultas agendi* del creditore), c'è; e consiste sempre in *una prestazione* (*facere* o *dare* o *non facere*) *di una determinata persona* (debitore), cioè in una *azione o omissione* di una persona determinata. E ciò giustifica la loro collocazione fra i *diritti personali*.

Per quanto riguarda gli *oggetti* degli *interessi giuridici* che non costituiscono veri e propri *diritti subiettivi* non è da dire diversamente: anch'essi non possono essere che *uomini* o *cose*. Di qui la distinzione fra beni personali (stati della persona) e *reali* (cose). È qui da notare anzitutto che nessuna difficoltà vi è a concepire *beni personali*, quantunque si debba riconoscere, come si è detto, che essi non diano luogo a *diritti subiettivi* aventi per *oggetto* la propria persona (diritti su la propria persona), ma, se mai forse, a diritti, cioè a pretese giuridiche, e certo ad interessi, aventi per oggetto una *omissione* altrui (non disturbo, rispetto dei beni personali, diritti o interessi verso altre persone). Ed è anche da notare che mentre i *beni* (stati) *personali* possono essere così *materiali* o *corporali* o *fisici* (es.: vita, sanità corporale) come *immateriali* o *incorporali* o *morali* (es. onore, libertà personale, pudore, ecc.), soltanto considerato nella sua personalità fisica o corporea può l'uomo formare oggetto materiale di una azione delittuosa. Onde è evidente che non esiste sempre in ogni reato un obietto materiale del reato medesimo.

identificazione, sia pur fortuita o casuale, si dà fra l'oggetto materiale e il subietto passivo del reato. Così avviene quando l'azione materiale cade, sì, sopra un *uomo*, ma questo non è il *soggetto*, bensì l'*oggetto* dell'interesse giuridico offeso (es.: adulterio (art. 353, cod. pen.), incesto (art. 337, cod. pen.)). Così è pure quando l'azione cade, non su di un uomo, ma su di una *cosa*: nel qual caso questa essendo *oggetto* dell'interesse giuridico offeso, ben si comprende come debba restar distinta dal *soggetto* dell'interesse medesimo e così dal *soggetto passivo* del reato, che è sempre una persona, e non mai una cosa (così nel furto (art. 402, cod. pen.), nel danneggiamento (art. 424, cod. pen.) e simili) (28).

---

(28) Anche BINDING, *Grundriss des deutschen Strafrechts*. Allgemeiner Teil (6ª ediz.), Leipzig, 1902, § 44, p. 103, avverte: " Aber durchhaus richtig ist dass das Objekt *an welchem* die verbotene Handlung begangen wird nicht immer das ist *gegen das* sie sich richtet „. — Il non aver tenuto distinto l'obietto giuridico dall'obietto materiale e dal soggetto passivo del reato (disconoscendo ad un tempo i rapporti che corrono fra di essi) ha condotto il CARRARA, *Programma*, vol. I, §§ 44-49, a considerare insolubili difficoltà che sono invece assai facili a risolversi. Così " quando l'azione consista nell'*uso* di cosa *propria*, come nella fabbricazione di grimaldelli o false monete o nella bestemmia reale „ (CARRARA, *Programma*, I, § 44), la *cosa propria* è l'*obietto materiale* del reato; l'*obietto giuridico* di esso è l'*interesse giuridico altrui* offeso da quel determinato uso, anzi da quel determinato abuso, della cosa propria (p. e. nel caso di fabbricazione di false monete, l'interesse e il diritto esclusivo dello Stato (monopolio) di batter moneta); ed è poi soggetto passivo del reato il soggetto di quell'interesse giuridico (p. e., nel caso che abbiamo detto, lo Stato). — Neppure vi è difficoltà " quando l'azione cade sul codelinquente „ (CARRARA, *Programma*, § 45). Nell'incesto si domanda, a modo di esempio, il CARRARA (op. cit., l. c.): " chi tra l'uomo e la donna sarebbe il soggetto, chi l'oggetto di tale delitto? „ La risposta è semplice. L'uomo e la donna sono ad un tempo *soggetti attivi* e *obietti materiali* del delitto: mentre obietto giuridico è sempre l'interesse *giuridico* offeso (in questo caso il buon costume o la morale sociale) e soggetto passivo è il soggetto di quell'interesse (la società). Meno ancora può dar luogo a dubbi il caso in cui l'obietto materiale sia *non senziente*, come il *cadavere* (CARRARA, *Programma*, I, § 47). Risponde bene qui lo stesso CARRARA: " ... Nelle offese contro i cadaveri può ravvisarsi delitto perchè si offende la legge che li tutela per un riguardo o alle famiglie, o alla religione, o alla morale, o alla salute pubblica. I cadaveri sono *cose*. Ma anche sulle cose può cadere delitto quando esistano fra loro ed uomini vivi tali rapporti che generino in questi un *diritto* (o anche soltanto, pare a noi, un *interesse giuridico*); come senza dubbio è un diritto (meglio si direbbe: un interesse giuridico) di tutti i cittadini che non infettisi l'aria o che non si infami malignamente la memoria dei

5. Fissato in tal modo il senso che deve attribuirsi alla espressione " obietto giuridico „ del reato, e stabiliti i limiti e i rapporti

loro congiunti „ (*Programma*, I, § 47). Quell'interesse pubblico o sociale o collettivo, in quanto è giuridicamente protetto dal diritto penale, è dunque, in tal caso, l'*obietto giuridico* del reato, mentre ne è *obietto materiale* il cadavere, e ne è *soggetto passivo* la società. — Ugualmente non presenta alcuna difficoltà il caso in cui l'obietto materiale del reato sia non intelligente epperò incapace di volere e di agire giuridicamente come il feto nell'alvo materno, l'infante, il demente (CARRARA, *Programma*, I, § 48; non assimilerei a questa l'ipotesi, ben diversa, del *dormiente* in cui si ha un subietto normalmente capace di intendere e di volere, in cui l'intelletto e la volontà sono, al momento del fatto, offuscate da una causa fisiologica transitoria). Qui l'*obietto materiale* si identifica col *soggetto passivo* del reato, cioè col soggetto (nascituro, minore, pazzo) dell'interesse giuridico o del diritto subiettivo offeso dal reato (obietto giuridico del reato). — Diversa è l'ipotesi del maltrattamento di animali (accennata dal CARRARA, *Programma*, I, § 48, n. 1). L'animale, dal punto di vista giuridico, è cosa, è obietto, non subietto, di diritti o di interessi giuridici: epperò è obietto *materiale*, non *soggetto passivo* del reato; *soggetto passivo* è invece la società offesa in suo proprio interesse (la pietà verso gli animali): ed è obietto giuridico del reato questo interesse medesimo. — Anche l'ipotesi dell'*auto-offesa* o della *offesa del consenziente* (CARRARA, *Programma*, parte gen., § 49 n. 1) non solleva dubbi. Il suicidio non costituisce un delitto sopra tutto per ragioni evidenti di opportunità politica (l'inefficacia della pena come coazione psico-sociale sopra coloro che son predisposti contro la vita, la mancanza di un soggetto passivo della pena, salvo il caso di suicidio tentato), ma anche per la ragione giuridica che non si può essere ad un tempo *soggetto attivo* e *passivo* di un *delitto*, perchè non si può essere ad un tempo *soggetto attivo* e *passivo* di un *diritto* e di un *rapporto giuridico*. Non dunque la mancanza di un *obietto materiale* del reato, ma, se mai, la mancanza di un *obietto giuridico* e di un *subietto passivo* toglie la possibilità giuridica di un reato di suicidio; l'impossibilità di aver diritti e doveri giuridici di fronte a sè stesso implica soltanto l'impossibilità di delinquere *a danno proprio*, non quella di delinquere *a danno altrui* agendo *su la persona propria*. Così la automutilazione del soldato per evadere il servizio militare è un reato, non ostante che il mutilato (*obietto materiale* del reato) sia lo stesso mutilatore (*soggetto attivo* del reato); ed è un reato perchè viola il diritto dello Stato (e l'obbligo giuridico del cittadino) al servizio militare, perchè, cioè, non manca ad esso nè un *obietto giuridico* (diritto al servizio) nè un *soggetto passivo* (lo Stato). Quanto alla partecipazione al suicidio, se essa costituisce tuttavia un reato, ciò non è già a causa della *inalienabilità del diritto alla vita* (come pensa il CARRARA, *Programma*, § 49, n. 1), ma è perchè, se può esistere (ciò che è pur discutibile) un " *diritto* „ *alla vita*, cioè un diritto a non esser da altri privato della vita, non esiste però certamente un *diritto su la propria vita*, cioè un diritto di disporre della propria esistenza e quindi di consentire

che corrono fra l'obietto giuridico, l'obietto materiale, e il soggetto passivo dell'offesa delittuosa, noi possiamo ora discendere al par-

---

validamente alla propria uccisione. La partecipazione al suicidio è dunque un reato perchè è partecipazione ad un fatto (il suicidio) che, se non è un delitto, non è però un *atto giuridicamente lecito* e non è lecito appunto perchè non è l'*esercizio* di alcun *diritto subiettivo* (su la propria vita). È invece sempre un *atto giuridicamente illecito*, per quanto non porti con sè per l'autore (bensì soltanto per il coautore) la conseguenza giuridica della pena. Come nell'omicidio, così nella partecipazione al suicidio l'*obietto giuridico* è dunque il così detto *diritto alla vita* e l'altrui persona è ad un tempo l'*obietto materiale* e il *soggetto passivo* del reato. Ugualmente quando la mutilazione del soldato per evadere il servizio sia l'opera di un terzo: la punibilità del mutilatore trova in tal caso la sua ragione non nella inalienabilità del diritto alla propria integrità personale, cioè del diritto a non venire offeso nella propria persona, ma nella inesistenza di un diritto di disporre della propria integrità personale e di consentire perciò alla mutilazione delle proprie membra: qui l'*obietto materiale* è la persona del mutilato, *obietto giuridico* è in primo luogo il diritto di costui alla propria integrità personale e in secondo luogo il diritto dello Stato al servizio militare: *soggetti passivi*, ad un tempo, il mutilato e lo Stato.

L'*oggetto materiale* del reato è dunque sempre, come si è sopra detto, la *cosa* o l'*uomo* su cui cadono gli atti materiali del colpevole: la cosa rubata, nel furto; l'uomo ucciso, nell'omicidio. Esso può talvolta coincidere col *soggetto passivo* (nei reati contro la vita e l'integrità della altrui persona) talvolta col *soggetto attivo* del reato (nelle auto-offese costituenti ad un tempo offese delittuose di interessi altrui); ma è sempre — ed anche in tali casi — da essi concettualmente distinto. La contraria opinione, la quale ravvisa il soggetto passivo del reato nell'uomo o nella cosa su cui materialmente cade l'azione delittuosa, urta contro lo scoglio di una logica e pratica confusione fra la persona offesa dal reato e il *corpus delicti* (obietti e mezzi materiali dell'azione).

Nemmeno è poi accettabile la opinione di coloro i quali vorrebbero ancora distinguere il *soggetto del diritto* o del *bene* o *interesse giuridico leso* (*soggetto passivo del reato*) dalla *persona del (penalmente) danneggiato* (vedi, in tal senso: Alimena, *Del concorso di reati e di pene*, p. 400). Se danno, in senso giuridico è, come è certamente, *la restrizione o il sacrificio di un interesse, la diminuzione o la sottrazione di un bene altrui, garantito da una norma giuridica, sia obiettivamente rispetto al soggetto (interesse o bene giuridico) sia subiettivamente, nella forma di un diritto subiettivo a lui conceduto con l'accordare un potere giuridico alla volontà richiesta per realizzarlo* (Cfr. Rocco, *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, Napoli, 1906, p. 275 e segg.; v. anche pp. 273, 274), in che cosa mai può distinguersi la persona del danneggiato dal soggetto del bene o interesse giuridico o del diritto subiettivo leso? Il soggetto del danno, il danneggiato, non può essere che il soggetto del diritto o del bene o interesse giuridico offeso dal reato, cioè il soggetto passivo del reato. Distinguere l'uno dall'altro

ticolare problema della determinazione di ciò che costituisce l'obietto giuridico del reato. Ridotta nei suoi più stretti confini, la questione

---

non è possibile senza restringere arbitrariamente il concetto del *danno giuridico* in genere e del *danno criminale* in ispecie nei limiti di un danno puramente *individuale* e *privato*, anzi, di quel solo danno *individuale* e *privato* che è, al tempo stesso, un *danno* meramente *economico* e *patrimoniale*; significa, cioè, escludere arbitrariamente dal concetto giuridico del *danno in generale*, e dal concetto del danno criminale in particolare, da un lato ogni *danno collettivo* o *sociale* o *pubblico*, sia poi esso *morale* o *economico*, dall'altro ogni danno, che pur essendo *individuale* o *privato*, ha tuttavia il carattere di un danno semplicemente *morale* (non economico, non patrimoniale). E che così sia dimostrano gli stessi esempi che in favore di quella distinzione si adducono. Si dice che " nei reati — specialmente nei reati formali — nei quali si viola il diritto di tutta la collettività (qualche volta, veramente, non un *diritto subiettivo* si viola ma semplicemente un *interesse giuridico* della collettività) le due persone (del soggetto passivo e del danneggiato) si distinguono quasi sempre; così avviene nel delitto di falsa moneta che viola il diritto dello Stato e danneggia l'individuo cui la falsa moneta è stata data; così avviene nel delitto di simulazione di reato che viola la giustizia in astratto e può non danneggiare alcuno o danneggiare una persona cui il reo non pensava nemmeno " (ALIMENA, op. cit., p. 400). Ma in tale ipotesi, insieme con l'individuo, o senza di esso, non sono forse anche danneggiati in un loro interesse, secondo i casi, lo Stato o tutti i singoli cittadini? Non v'è dubbio. Se ogni *diritto subiettivo* (e tanto più ogni *interesse* o *bene giuridico*) ha per base sostanziale un *interesse* o un *bene* della vita *individuale* o *collettivo*, *economico* o *morale*; se il danno altro non è se non il sacrificio e la restrizione di un interesse, la diminuzione o la sottrazione di un bene altrui, tutelato da una norma giuridica nella forma di un *diritto subiettivo* (o eventualmente in forma, rispetto a un soggetto individuale, puramente *obiettiva*) è evidente che nessuna violazione di diritto subiettivo (e più ancora di interesse o bene giuridico) può darsi cui non si accompagni la lesione di un *interesse* o di un *bene* altrui; cioè, appunto, un *danno*. La violazione di un diritto subiettivo dello Stato o di un interesse giuridico generale della collettività, importa dunque sempre in tal ipotesi un *danno pubblico* o *sociale*, *economico* o *morale* che sia, di cui è soggetto rispettivamente lo Stato o la collettività dei cittadini (Nel caso della falsa moneta la lesione dell'interesse dello Stato al conio esclusivo e alla genuinità della moneta, nel caso di simulazione di reato, la lesione dell'interesse dello Stato a non mettere in moto per causa immaginaria ed inesistente gli organi dell'amministrazione della giustizia, ecc.). A questo danno *pubblico* o *sociale*, può certo accompagnarsi e si accompagna talvolta anche un *danno individuale* o *privato* (*economico* o *morale* che sia); e ciò avviene quando più sono gli interessi direttamente o indirettamente tutelati dalla pena e offesi dalla azione delittuosa, quando cioè la pena tutela e il reato offende insieme a un prevalente interesse pubblico e

può formularsi così: vi è, in ogni reato, oltre l'infrazione del *diritto*

---

sociale un interesse individuale e privato di secondaria importanza, che a quello occasionalmente, per quanto talvolta indissolubilmente, si intreccia. Ma in tal caso non è già che la persona del *soggetto passivo* del reato sia distinta da quella del *danneggiato*; ma è che più essendo gli *interessi offesi* dal reato e di proposito o occasionalmente protetti dalla pena, più sono, per conseguenza, i *soggetti passivi* o, che è lo stesso, i *danneggiati* dell'azione delittuosa. Ugualmente non sembra esatto il dire che " nell'omicidio sia soggetto passivo l'ucciso e danneggiato colui che chiede il risarcimento dei danni, non per titolo di rappresentanza; nel ratto (fin quando esso sia un delitto contro la patria potestà o contro la potestà tutelare) sia danneggiata la rapita, ma sia violato il diritto del genitore o del tutore, nel furto (quando si pensi che esso sia costituito dalla violazione del possesso) sia danneggiato il proprietario della cosa e sia violato il diritto di colui che la possedeva quando venne rubata " (ALIMENA, op. cit., p. 400).

L'uomo ucciso, nell'omicidio, come è *soggetto passivo*, così è pure *danneggiato* (penalmente) *dal reato* perchè egli è offeso nel massimo bene o interesse che l'ordine giuridico tuteli: la *vita umana*; colui invece (per usare l'esatto linguaggio dei civilisti) il quale non *jure proprio*, ma *jure hereditario*, domanda in tal caso il risarcimento del danno sofferto è *civilmente*, e *non anche penalmente*, danneggiato dal reato. Ugualmente il possessore della cosa rubata è ad un tempo *soggetto passivo* e *danneggiato* del reato di furto perchè egli è leso nel diritto subiettivo e nel bene o interesse economico del *possesso*: il nudo proprietario — data la concezione del furto come semplice violazione del possesso — non sarebbe in tal caso un danneggiato dal punto di vista del diritto penale: ma solo civilmente un danneggiato. Quanto al ratto, anche qui tutto sta nel modo con cui giuridicamente lo si considera: ma se, come a noi pare, esso deve essere concepito (tranne il caso di ratto consensuale) come violazione, ad un tempo, della potestà patria e tutoria e della libertà personale e sessuale della rapita, è chiaro che questa, tranne il caso indicato, sarà insieme *danneggiata* e *soggetto passivo* del reato: e ugualmente sarà sempre subietto passivo, e per ciò stesso danneggiato dal reato il genitore o il tutore, leso in quell'interesse morale e in quel diritto subiettivo che si chiama la potestà patria o tutoria. La persona del *soggetto passivo* del reato, è dunque sempre ad un tempo e per ciò stesso la persona *danneggiata* (penalmente, s'intende) *dal reato*. Esse non si distinguono l'una dall'altra. Solo accanto al soggetto passivo o danneggiato dal reato può talora distinguersi il soggetto di un danno puramente civile; e ciò avviene quando il *reato* essendo ad un tempo un *delitto* o un *quasi delitto civile* il danno patrimoniale derivante da questo (*danno civile*) venga a cadere su una persona diversa dal soggetto passivo del reato, cioè da colui su cui cade il danno criminale (soggetto dell'interesse o bene giuridicamente protetto dalle norme del diritto penale) (V. più oltre parte II, cap. IV, §§ 1 e 2).

obiettivo (*norma giuridica*) (29), altresì è necessariamente sempre la violazione di un *diritto subiettivo*? (30). O basta soltanto l'offesa di

---

(29) Che non vi sia delitto senza offesa del diritto è principio riconosciuto già dal diritto romano: il carattere illecito del reato si designava in Roma con la parola " iniuria ". Cfr. Ferrini, *Diritto penale romano*. Teorie generali. Milano, Hoepli, 1899, p. 156 e segg.; *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano* nella *Enciclopedia di diritto penale* del Pessina, vol. I, Milano, 1901, n. 54, p. 72 e segg.; V. pure: Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, p. 65 e segg.; Landucci, *Storia del diritto romano*. Verona, 1898, vol. I, § 389. Vedi su ciò particolarmente: Birnbaum, *Ueber das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens* nell' " Archiv des Criminalrechts ", N. F., 1834, pp. 149-194.

(30) La questione: se il reato sia la violazione soltanto del " diritto obiettivo " o anche di un " diritto subiettivo " presuppone logicamente la determinazione del concetto dell'uno e dell'altro; concetti, sui quali, per quanto controversi essi possano essere, non è qui naturalmente il caso di intrattenersi. Non possiamo che rinviare agli autori che ne trattano di proposito citandoli qui una volta per tutte. Sul concetto del diritto, in senso obiettivo, vedi, in mezzo alla sterminata letteratura: Thöl, *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, Göttingen, 1851, §§ 35-36; Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878, pp. 1-5; Merkel, *Juristische Encyclopädie*, 3ª ed., Berlino, 1904, §§ 21-59; Binding, *Die normen und ihre Uebertretung*, vol. I, 2ª ed., Leipzig, 1890, § 1 e segg.; Windscheid, *Lehrbuch d. Pandektenrechts*, trad. Fadda e Bensa, § 27; Hold von Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, Bd. I, Jena, 1903, I Abschnitt (*Der Begriff des Rechtes*), §§ 1-17; e tra i nostri: Filomusi-Guelfi, *Enciclopedia Giuridica*, 4ª ed., Napoli, 1904, §§ 1-14; Vanni, *Lezioni di filosofia del diritto*, Bologna, 1904, p. 68 e segg.; Del Vecchio, *Il concetto del diritto*, Bologna, 1906, p. 71 e segg.; Cammeo, *La manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo* nel *Trattato di diritto amministrativo* dell'Orlando, vol. III, Milano, 1901, parte II, specialmente ni 7, 19. — Sul concetto del " diritto subiettivo " v. fra i moltissimi: Merkel, *Elemente der allgemeine Rechtslehre* nella *Encyklopädie der Rechtswissenschaft* di Holtzendorff, Leipzig, 1890, 5ª ed., § 21; *Juristische Encyclopädie*, Berlin, 1904, §§ 159-170; Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878, p. 108 e segg.; Bierling, *Juristische Principienlehre*, Freiburg-Leipzig-Tübingen, 1894-1905, volume I, §§ 9-12; Windscheid, *Lehrbuch d. Pandektenrecht*, § 37; Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Leipzig, 1895, vol. I, §§ 15 e 27; Baron, *Pandekten*, Leipzig, 1893, 8ª ed., § 16; Regelsberger, *Pandekten*, Leipzig, 1893, § 14; Jhering, *Geist des römischen Rechts*, Leipzig, 1865, vol. III, § 61; *Zweck im Rechte*, vol. I, Leipzig, 1893, p. 443; vol. II, pp. 188-212; Savigny, *Sistema del diritto attuale romano*, trad. it. di V. Scialoja, Torino, 1886, vol. I, p. 36; Schuppe, *Der Begriff des subjektiven Rechts*, Breslau, 1887, §§ 1-26; Bernatzik, *Die juristische Persönlichkeit der Behörden*, Freiburg, 1890, §§ 5 e 8; Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen

un *bene* o di un *interesse giuridico*? (31). O la semplice infrazione della *norma giuridica*? E se la violazione di un diritto è neces-

---

1905, 2ª ed., p. 41-53; Frenzel, *Recht und Rechtssätze*, Leipzig, 1892, p. 79-89; Heimberger, nella *Kritische Vierteljahreschrift*, 1894, p. 237; Hold von Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, Bd. I, Jena, 1903, §§ 9, 10, 11; fra i nostri, Dusi, *Il diritto subiettivo e la legge*, Camerino, 1896; Ferrini, *Manuale di Pandette*, Milano, 1900, nº 29 e 30; Vanni, *Filosofia del diritto*, Bologna, 1904, pp. 119-132, 132-160; Filomusi-Guelfi, *Enciclopedia giuridica*, Napoli, 1904, § 6, pp. 10-11; Chironi, *Trattato di diritto civile*, Torino, 1904, pp. 109-132; Romano, *Teoria dei diritti pubblici subiettivi* nel *Trattato* dell'Orlando, Milano, 1897, pp. 13-23 dell'Estratto; Del Vecchio, *Il concetto del diritto*, Bologna, 1906, p. 25 e segg.; Cammeo, *La manifestazione della volontà dello Stato*, nº 10, p. 20; *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*. Milano, Vallardi (in corso di pubblicazione), cap. I e II, pp. 7-52; Vacchelli, *La difesa giurisdizionale del diritto del cittadino contro la pubblica amministrazione*, nel *Trattato* dell'Orlando, vol. I, pp. 223-253; Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1906, pp. 29-38; Grasso, *I presupposti giuridici del diritto costituzionale*, Genova, 1898, p. 110 e segg.; Rocco (Alfr.), *La sentenza civile*, Torino, 1906, nº 9, p. 26; Messina, *L'interpretazione dei contratti*, fasc. I, Macerata, 1906, p. 59 e segg.

(31) Il concetto del " bene giuridico " (*Rechtsgut*) o dell'" interesse giuridico " (*rechtlich geschutzt Interesse*) non è proprio soltanto del diritto penale, ma di tutto il diritto. Non soltanto quindi la *scienza del diritto penale*, ma anche la *teoria generale del diritto* (*allgemeine Rechtslehre*) porta efficaci contributi alla sua determinazione scientifica. L'introduzione del concetto del " bene giuridico " al posto di quello del *diritto subiettivo* nel campo del diritto penale si deve a Birnbaum, *Ueber das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens* nell' " Archiv des Criminalrechts ", N. F., 1834, p. 175 e segg., per il quale il reato è appunto la violazione di un bene giuridico, piuttostochè di un diritto. Sul concetto del *Rechtsgut* vedi inoltre: Kirchenheim, *Die rechtliche Natur der Antragsdelikte*, Tübingen, 1878, p. 39 e segg.; Geyer, nella " Zeitschrift f. die gesammte Strafrechtwissenschaft ", 1881, p. 48 (il quale si dichiara contrario al concetto del *Rechtsgut*); Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Bd. I, 2ª ed., Leipzig, 1890, p. 328 e segg.; 338 e segg.; *Handbuch des deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1885, Bd. I, § 32, p. 169; *Grundriss des deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1902, § 44, p. 102; Merkel, *Kriminalistische Abhandlungen*, I, Leipzig, 1867, p. 101 e segg.; *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889, § 4, p. 10 e segg.; § 7, p. 20; *Juristische Encyclopädie*, Berlin, 1904, § 267 e segg.; Hälschner, *System des preussischen Strafrechts*, Bd. I, Bonn, 1858, pp. 2 e 3; *Das gemeine deutsche Strafrecht*, Bd. I, Bonn, 1881, p. 18 e segg.: Meyer (H.), *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 5ª ed., Leipzig, 1895, § 4, p. 22 e nota 6; Liszt, *Das deutsche Reichsstrafrecht*, Berlin, 1881, p. 6 e sgg.; *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 10ª ed., § 13, p. 54 e segg.; *Rechtsgut und*

saria, è il reato sempre la violazione di uno stesso diritto subiettivo o muta, col mutare della specie del reato, il diritto subiettivo leso? O in altri termini: colui che è offeso da un reato figura sempre, in quanto tale, almeno nel campo del diritto penale, come un portatore di *diritti subiettivi*; o deve, invece, dirsi che non sempre la qualità in una determinata persona di *soggetto passivo di un reato* suppone o implica quella di *soggetto di diritti*? (32). E,

---

Handlungsbegriff im Binding'schen Handbuch nella " Zeitschrift f. die ges. Strafrechtwissenschaft ", Bd. VI, pp. 663-698; *Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht* nella " Zeitschrift " citata, Bd. VIII, p. 133 e 156; Hertz, *Das Unrecht und die allgemeine Lehren des Strafrechts*, Bd. I, Amburgo, 1880 (incompleto), p. 15 e segg.; 55 e segg.; 106 e segg.; Bünger, *Über Handeln und Handlungseinheit*, nella citata " Zeitschrift " di Liszt, Bd. VIII, p. 666 e segg.; Finger, *Rechtsgut oder rechtlich geschütztes Interesse* in " Gerichtssaal ", Bd. XL, 1888, p. 139 e segg.; *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Bd. I, Berlin, 1904, § 20, p. 102; Kessler, *Rechtsgut oder rechtlich geschütztes Interesse oder subjektives Recht* in *Gerichtssaal*, Bd. XXXIX, 1887, p. 94 e segg. (e anche Bd. XXXVIII, 1886, p. 561 e segg.; Bd. XL, 1888, p. 580 e segg.; *Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtliche Bedeutung*, Berlin. u. Leipzig, 1884, p. 48 e segg.; Ullmann, nel " Gerichtssaal ", 1885, p. 529 e segg.; Kohler, *Deutsches Patentrecht*, 1878, p. 500; *Studien aus dem Strafrechte*, Berlin, 1890, I, p. 160 e segg. (contro l'espressione *Rechtsgut*); Gareis, *Rechtsencyclopädie und Methodologie*, 2ª ed., 1900, p. 157 e segg.; Janka, *Das österreichische Strafrecht*, Wien, 1902, § 5, p. 11. — L'origine prima del concetto di " bene " nel campo del diritto in genere si deve alla filosofia di Krause e dei suoi seguaci, specialmente di Ahrens, *Naturrecht*, 6ª Auflage, Bd. I, p. 339 e Vorrede, p. VI-VII.

(32) La questione se l'offeso, come tale, appaia, oppur no, come un soggetto di diritti nel campo del diritto penale si riconnette ad un problema più alto: quello della *personalità* o *subiettività* o *capacità giuridica* nel *diritto penale*. Che nel campo del diritto penale, come in quello del diritto in genere, debba trovare il suo posto il concetto di " capacità giuridica " nel suo duplice aspetto di *capacità di diritto* e di *capacità di agire*, non ci pare si possa mettere in dubbio. Di qui la possibilità di una teoria della " *capacità o personalità di diritto penale* " cioè della *capacità ad avere diritti soggettivi e doveri giuridici in materia penale e ad agire per l'esercizio degli uni e per l'adempimento degli altri* (vedi Rocco, *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, Napoli, 1906, I, n. 43-45, p. 66-104 e II, p. 172 e 173 e nota 1; *Sul concetto del diritto subiettivo di punire*, Prato, 1904, specialm. p. 12 e nota 1; 15 e segg., 29 e segg.; v. adesso ampiamente: Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, Torino, 1908, cap. X, §§ 1-3, pp. 368-473, il quale, pur negando l'esistenza di diritti subiettivi dello Stato in materia penale e di rapporti di diritto penale (cap. III, n. 41-50, pp. 45-66), ammette e svolge una teoria " delle personalità e

infine, se il reato è ineccezionalmente la violazione di uno stesso e costante, o di un diverso e variabile, diritto subiettivo, esiste, questo, in forza di norme giuridiche appartenenti agli altri campi del diritto, o sono i *precetti* stessi, i *comandi* o i *divieti*, del diritto penale che hanno, in tutto o in parte, virtù di generare diritti

---

delle capacità nei soggetti dei rapporti giuridici penali „, fra i quali annovera lo Stato, il soggetto alla potestà penale (soggetto attivo del reato) e il soggetto passivo del reato (ciò che veramente a noi non sembra conciliabile)). Ma chi può essere soggetto di *diritti* e di *doveri*, cioè di *rapporti*, giuridici, in materia penale? Chi può essere " persona „ nel senso del diritto penale? Ecco il nodo del problema, che non si tratta qui di risolvere, ma semplicemente di accennare. Che fra i subietti o *persone* di diritto penale come di diritto pubblico in genere sia anzi tutto da annoverarsi lo " Stato „ considerato come *persona giuridica* non è lecito dubitare; solo che si considerino *i diritti* di cui nel campo del diritto penale appare rivestito lo Stato: cioè il *diritto subiettivo all'obbedienza politica* dei comandi o divieti del diritto penale e il *diritto subiettivo di punire*, che costituisce ad un tempo per lo Stato stesso un *dovere giuridico di punire*. (Cfr. il mio lavoro: *Sul concetto del diritto subiettivo di punire*, Estratto dal volume per le onoranze a Vittorio Scialoja, Prato, 1905, pp. 3-31; *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, Napoli, 1906, pp. 96 e segg., 172 nota 1; 176 nota 2, ecc.; contro: Manzini, *Trattato di diritto penale*, I. Torino, 1908, n. 45 e 148 e segg.; Lanza, *Diritto penale italiano. Principi generali*, Torino, 1908, n. 7, 32, 34, 37, 38, 39, quest'ultimo senza però citare i miei scritti che pur direttamente combatte). Ma " soggetto „ o " persona „ di diritto penale come di diritto pubblico in generale è senza dubbio anche il " cittadino „ o meglio il " suddito „, perchè a lui spetta, come tale di fronte allo Stato, non solo il *dovere giuridico* alla *obbedienza politica* dei precetti del diritto penale, ma anche il *diritto subiettivo pubblico di libertà* che ad ogni cittadino appartiene; diritto, questo, che — data l'indole generalmente *temporanea* e sempre *parziale* della pena — può il cittadino limitatamente conservare anche quando, violando i precetti del diritto penale (cioè rendendosi soggetto attivo di un reato) diventi soggetto passivo di una pena cioè contragga *l'obbligo giuridico* di soggiacere a una *perdita o diminuzione di diritti o di beni giuridici personali* (Vedi il citato mio scritto: *Sul concetto del diritto subiettivo di punire*, Prato, 1904 pp. 15 e 16 e nota 3). Fin qui non vi è seria ragione di dubbio. Ma si domanda, invece: è il *cittadino* da considerarsi come un *soggetto o persona di diritto penale* in quanto riceve una *tutela* o *protezione giuridica* dalle norme del diritto penale e può essere pensato come possibile *soggetto passivo di un reato*? o in altri termini: ha l'offeso, sempre, dei diritti subiettivi di cui egli appaia, come tale, soggetto nella sfera del diritto penale materiale? La questione, così posta, ognuno vede come non sia diversa da quella posta nel testo: essa coincide con quella relativa all'obietto della offesa delittuosa, da un lato, e della tutela giuridica penale, dall'altro.

subiettivi? (33). E se il reato è l'offesa di un bene giuridico o di un interesse giuridico, che cosa per bene giuridico, che cosa per interesse giuridico si intende?

Varî furono i tentativi antichi e recenti posti in opera dalla dottrina per la risoluzione di tali questioni, considerate nella loro complessa unità. Noi ne passeremo in rassegna i più importanti cercando di vagliarli al lume della critica scientifica. I risultati di una tale analisi e valutazione critica potranno forse spianar la via ad una costruzione teorica che agli accennati problemi valga a fornire una risposta tranquillante e ispirata alla realtà delle cose.

---

(33) Quest'ultimo quesito riguarda tutto intero il problema della posizione del *diritto penale* nel sistema del diritto obiettivo, *pubblico* e *privato* e dei rapporti fra la scienza del diritto penale e le altre scienze giuridiche. Il lato più importante di questo problema è quello di vedere se le norme del diritto penale siano norme " autonome " " principali " " originarie " ovvero norme puramente " complementari " e " sanzionatorie ", secondarie e derivate, rispetto alle altre norme giuridiche pubbliche e private. Soltanto nella prima ipotesi, infatti, si può logicamente parlare di una *capacità delle norme di diritto penale a fondare diritti subiettivi* nelle persone i cui interessi sono tutelati dal diritto penale, non nella seconda. È però da avvertire che, anche ritenuta la natura non puramente *secondaria* e *sanzionatoria* del diritto penale, non per questo ne discende per necessaria conseguenza l'affermazione dell'idoneità di questo diritto, a creare *diritti subiettivi* nei singoli i cui interessi sono offesi dai reati. Si tratta ancora di vedere se proprio a questi *interessi*, o non piuttosto all'*interesse pubblico* e *sociale* della collettività, giuridicamente organizzata, il diritto penale conceda quella diretta e immediata tutela che consiste nello accordare un " potere giuridico " (*diritto subiettivo*) alla " volontà " di un soggetto e nel rendere così questi arbitro di volere o no l'attuazione e il soddisfacimento del suo interesse.

PARTE I

CRITICA

TITOLO I.

Teorie subiettive.

CAPITOLO I.

Teoria della violazione di un diritto subiettivo (privato o pubblico) variabile per qualità secondo la specie del reato.

§ 1. — *Esposizione della teoria.*

6. La dottrina tedesca: FEUERBACH (e i suoi seguaci); BERNER, LOENING, HEYSSLER. — 7. La dottrina italiana: CARMIGNANI, CARRARA, CANONICO, PAOLI, ELLERO, IMPALLOMENI (in *nota*: il *delitto* (in antitesi alla *contravvenzione*) concepito come violazione di un diritto soggettivo: CARRARA, LUCCHINI, IMPALLOMENI, MANCINI, TOLOMEI, ORTOLAN, BRUSA, TUOZZI, RANELLETTI, STOPPATO, CARNEVALE, CIVOLI, LONGHI, MAINO, MASUCCI, PUGLIA). — 8. La dottrina francese: ROSSI, ORTOLAN, VIDAL (in *nota*: FRANK).

6. Un'antica opinione, un tempo esclusivamente dominante in Germania, ma che può dirsi ancora oggi prevalente nella dottrina italiana e francese, afferma essere il reato sempre, per sua natura, la *violazione di un diritto subiettivo*, *variabile col variare della specie del reato* e pertinente alla persona direttamente e immediatamente offesa dal reato (soggetto passivo del reato). Secondo essa, perchè una azione costituisca un reato, non basta che essa sia contraria a una *norma giuridica* o al *diritto obiettivo* considerato nel complesso delle sue norme; e tanto meno che essa non sia dal diritto *autorizzata*, che non rappresenti. cioè, l'*esercizio di un di-*

ritto subiettivo proprio di chi la pone in essere. È necessario che essa sia addirittura contraria ad un *diritto subiettivo* altrui: sia poi soggetto di questo un individuo o una persona giuridica: ogni reato, sarebbe, quindi, per tale opinione, *l'offesa di un diritto subiettivo di diversa forma*.

Il primo e più autorevole sostenitore di tale opinione è il FEUERBACH, il fondatore della scienza del diritto criminale in Germania (1). Per FEUERBACH, colui il quale sorpassa i limiti della libertà giuridica commette una violazione di diritto, una *injuria*. Chi offende la libertà rinunziata mediante il contratto sociale e assicurata mediante la legge penale, commette un reato. Il reato, nel più ampio senso, è perciò una *injuria* preveduta da una legge penale, cioè, una azione *violatrice di un diritto altrui* vietata mediante una legge penale (2). E poichè scopo della legge penale è sopra tutto la conservazione *dei diritti*, così oggetti di tutela delle sue norme possono essere tanto *i diritti dei sudditi* quanto *i diritti* apparte-

---

(1) È tuttavia da notare che anteriormente al FEUERBACH già MARIO PAGANO, *Principj del cod. penale* (ed. postuma, Napoli, 1806), cap. I, definiva il delitto come la " *violazione di un diritto naturale o civile* dell'uomo ovvero una mancanza di adempimento della obbligazione naturale o civile „ e conseguentemente la pena " la perdita di un diritto *per un diritto violato* „. Anche più antica in tal senso è l'opinione del COCCEJO (Samuele), *Introductio in Heinrici de Cocceji Grotium illustratum*, Halae, 1748, Diss. XII, libro V, cap. 5 e 6, per cui (§ 513) è delitto il fatto colpevole mediante il quale *jus alterius laeditur*. V. anche il § 518.

(2) FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts* (XVI^a ediz., hgg. v. MITTERMAIER), Giessen, 1847, § 21, p. 45. Concepiscono il reato come *violazione d'un diritto subiettivo*, variabile con la specie del reato, fra i più antichi scrittori tedeschi anche: DROSTE-HÜLSHOF, nell' " Archiv des Criminalrechts „, Bd. IX, p. 600 e segg., VON PREUSCHEN, *Über die Begründung des Strafrechts*, Darmstadt, 1835, p. 67; ESCHER, *Die Lehre von dem Strafbaren Betruge*, Zürich, 1840, p. 85; LUDEN, *Handbuch des teutschen gemeinen und partikularen Strafrechts*, Jena, 1842, Bd. I, p. 205; SCHAFFRATH, *Theorie des allgemeinen Thatbestandes*, Leipzig, 1842, p. 139; HEPP, *Darstellung und Beurtheilung der deutschen Strafrechtssysteme*, 2 Bd., Heidelberg, 1843-1845, Bd. I, p. 75; Bd. II, p. 287 (Indicazioni su la dottrina più recente possono vedersi in HÄLSCHNER, *System des preussischen Strafrechts*, Bd. I, Bonn, 1858, p. 219). Vedasi, nel senso di FEUERBACH, sopra tutti JOHN nel GOLTDAMMER'S " Archiv für preussischen Strafrecht „, Bd. III, (1855), p. 504: " Jedes Verbrechen enthält den Angriff eines bestimmtes Rechts. Dieses Satz ist unzweifelhaft richtig... „.

nenti allo Stato come persona morale. Chi, mediante violazione di una legge penale, offende immediatamente i *diritti dello Stato*, commette un delitto pubblico (reato di Stato, *delictum publicum*): se immediato oggetto della violazione è, invece, il *diritto di un suddito*, si ha un delitto privato (*delictum privatum*) (3). E non diversa è l'opinione del BERNER. Benchè egli, infatti, definisca i reati come quella specie di azioni immorali con le quali il singolo offende la volontà comune *attaccando un diritto pubblico o privato o anche la religione o il costume* in quanto lo Stato ha bisogno di queste per la sua conservazione (4), parlando dell'*oggetto del reato* finisce col riconoscerlo sempre in un *diritto subiettivo* vero e proprio. La " *volontà*, il *diritto*, quest'intrinseco dell'oggetto esterno è — dic'egli — il *vero oggetto* del delitto. Ma qui sono da distinguere una doppia volontà e un doppio diritto. Oggetto del reato è: 1°) il *diritto generale*. Invero il reato offende *il diritto come tale*, la *comune* volontà manifestata nella legge, lo Stato, quando anche ciò non sia direttamente. Oggetto del reato è inoltre: 2°) il *diritto speciale*. Invero

(3) FEUERBACH, *Lehrbuch d. gem. in Deutschl. gult. Peinl. Rechts*, § 23, p. 49. In coerenza a questi concetti FEUERBACH distingue i delitti di diritto comune in *delitti pubblici* (delitti contro la personalità morale dello Stato stesso o delitti di Stato in proprio senso; — delitti contro i singoli poteri dello Stato) e in *delitti privati* (delitti contro i diritti innati dell'uomo e del cittadino; delitti contro i diritti acquisiti). Accanto a questa categoria di delitti (*determinati*) di diritto comune egli è costretto però a riconoscerne un'altra che chiama delitti *vaghi o indeterminati* (*von vagen gemeinen Verbrechen*). Esistono poi per FEUERBACH delitti comuni e determinati *di polizia* e delitti propri di speciali stati giuridici (*Lehrbuch*, §§ 161 e segg.). La distinzione fra *delitti pubblici e privati* è seguìta da GROLLMANN, *Grundsätze der Kriminalrechtwissenschaft*, Giessen, 1825: MARTIN, *Lehrbuch des deutschen gemeinen Kriminalrechts*, Heidelberg, 1829 (2ª ed.). § 290, aggiunge invece ad essi una terza categoria di delitti *misti o medii* (fra i pubblici e i privati). Contro la distinzione fra delitti pubblici e privati, come rispettive violazioni di diritti subiettivi pubblici o privati, si pronunziarono: MITTERMAIER, *Uber den neuesten Zustand der Criminalgesetzgebung in Deutschland*, Heidelberg, 1825, p. 115; TRUMMER, *Zur Philosophie des Rechts und insbesondere des Strafrechts*, Hamburg, 1827, p. 280; ROSSHIRI, *Zwei Criminalistische Abhandlungen*. Heidelberg, 1828, p. 119, e sopra tutti: STADLER, *Uber Eintheilung der Verbrechen in Staats und Privatverbrechen*, Heidelberg, 1824.

(4) BERNER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (trad. BERTOLA), 2ª ediz. ital., Milano, 1892, § 71, p. 92; vedi anche p. 93, sub 3.

direttamente il diritto viene colpito solo in certi confini di qualità e quantità: soltanto mediatamente il reato offende l'intero diritto la società, lo Stato. Nei delitti privati questo risulta chiaramente; in essi l'oggetto direttamente colpito è uno speciale *diritto privato* e il reato soltanto indirettamente offende l'intero organismo del diritto, lo Stato, essendo ogni diritto garantito dallo Stato. Ma non avviene diversamente nei *reati di Stato*. Nei reati più lievi di questa specie l'oggetto offeso è un singolo ramo, un singolo ufficiale della amministrazione. Anche nei maggiori, alto tradimento, per esempio, il reato per solito è diretto immediatamente solo contro *un singolo diritto dello Stato* come, per esempio, contro la sua forma, il suo capo, una data amministrazione.... I reati contro la religione e la morale non intaccano alcun diritto propriamente detto. Ma poichè le offese alla religione ed alla morale in tanto vengono punite in quanto la società se ne sente, ad un tempo, offesa, si può dire che religione e morale *assumono il carattere di diritto*, in quanto lo Stato accorda ad esso la sua difesa. Così veduta la cosa, quanto si è spiegato riguardo all'oggetto deve essere mantenuto; e niente contradice alla massima che: *dove non esiste un diritto determinato non è possibile reato* (5). Ma il più esplicito di tutti è il LOENING, il quale non solo concepisce il reato come violazione di un *diritto subiettivo*, variabile per qualità col variare della specie del reato (6), ma afferma decisamente che " ad ogni obbligazione di un subietto deve necessariamente corrispondere un diritto subiettivo, una pretesa di un altro alla conservazione ed all'adempimento di questa obbligazione „ e che è compito, appunto, della scienza del diritto il porre in evidenza per ciascuna specie delittuosa il singolo diritto subiettivo offeso (7).

---

(5) BERNER, *Lehrbuch d. deutsch. Strafr.*, § 81, p. 111. A questa opinione sembra avvicinarsi anche SCHAPER, *Begriff und allgemeiner Thatbestand des Verbrechens* nell' " Handbuch d. deutsch. Strafrechts „ di HOLTZENDORFF, Bd. II, p. 88 e segg.

(6) LÖNING, *Grundriss zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht*, Frankfurt, 1885, p. 18: " Tutto il diritto obiettivo — egli aggiunge (p. VI) — malgrado la sua moderna apoteosi, altro non è che una astratta designazione e dichiarazione per il sorgere e il cadere di diritti subiettivi „.

(7) LÖNING, *Grundriss zu Vorles. über deutsch. Strafr.*, p. V: " ..... es ist Aufgabe der Wissenschaft für jede einzelne Verbrechensart das verletzte sub-

Non diversamente da un punto di vista comune a tutto il diritto, aveva affermato Heyssler essere il torto giuridico sempre trasgressione del diritto obiettivo e infrazione di un diritto soggettivo (8).

7. Al Feuerbach, in Germania, fa riscontro, in Italia, Carmignani, il Feuerbach della scienza del diritto criminale italiano. Per Carmignani, " il delitto sovverte i diritti o *soltanto naturali* o *solamente sociali*, o *naturali* e *sociali* insieme. I diritti naturali vengono lesi allorchè si tolgono all'uomo considerato come solo soggetto del diritto di natura i beni provenienti o dalla *natura* o dalla *industria* o dalla *fortuna*: si violano i *diritti sociali* allorchè si toglie all'uomo o la sicurezza o la opinione della stessa la quale è tutto un effetto della società „ (9). In altri termini: " le leggi proteggono i diritti privati o pubblici: quindi la infrazione della legge (delitto) produce un danno immediato privato o pubblico „ (10). Anche più decisa, in tal senso, è l'opinione del Carrara. *Oggetto* del delitto, egli dice, non può essere che *un diritto* al quale la legge abbia espressamente accordata la sua tutela col divieto e con la sanzione (11). Perciò la essenza del delitto sta nella violazione di un diritto protetto dalla legge penale (12). Il danno *immediato* del delitto è, per conseguenza, quel male sensibile che il delitto reca col violare il diritto attaccato, sia che questo pertenga ad un individuo, o a più individui od anche a tutti i membri dell'aggregazione ed anche alla stessa aggregazione sociale guardata come persona di per sè stante (13). Il delitto, ora può *immediatamente* attaccare soltanto un individuo o alcuni individui nei loro particolari

---

jektive Recht ausfindig zu machen „. E a pag. 101 aggiunge che " il sistema della parte speciale del diritto penale poggia sul sistema dei diritti subiettivi „.

(8) Heyssler, *Das Civilunrecht und seine Formen*, Wien, 1870, p. 7.

(9) Carmignani, *Elementi di diritto criminale* (trad. Caruana-Dingli), Napoli, 1854, § 120, p. 40.

(10) Carmignani, *Elementi*, § 133, p. 43; v. anche: *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Pisa, 1834, lib. II, cap. 1, 2 e 3.

(11) Carrara, *Programma*, parte generale, vol. I (Lucca, 1871), § 42.

(12) Carrara, *Programma*, parte generale, vol. I, § 150.

(13) Carrara, *Programma*, parte generale, vol. I, § 103.

diritti ed ora può offendere *direttamente* tutti i consociati, non nei diritti che hanno come uomini, ma nei diritti che hanno come cittadini di quello Stato (14). Nel primo caso, il danno immediato è *privato* o *particolare*: nel secondo caso, è *pubblico* o *universale* (15). Sicchè il danno immediato *universale* o *pubblico* si ha *quando il delitto offende una cosa alla quale tutti i consociati* hanno *un comune interesse*; *e così un diritto a vederla rispettata*: come la religione, l'autorità, la quiete pubblica, la giustizia, ecc. Il danno immediato *particolare* o *privato* si ha, per lo contrario, quando *il delitto offende una cosa sulla quale avevano interesse i soli individui* che furono pazienti del delitto (16). O in altri termini: il danno immediato può essere o pubblico, ossia universale, o privato, ossia particolare, secondo che il malefizio viola un *diritto particolare* o un *diritto universale* (17). Così pure per il Canonico il prodotto della forza fisica del reato è la lesione *del diritto particolare* di questo o quel cittadino od anche di tutti i cittadini considerati *come singoli*, non collettivamente; è per conseguenza un danno che può essere più o meno esteso, ma è sempre immediato o personale (18): e la qualità del reato è data appunto dall'*indole speciale del diritto che col reato si tende a violare* (19). Medesimamente il Paoli dice che il delitto non può essere che un *fatto lesivo del diritto altrui* (20); l'Ellero ripete essere azioni punibili quelle soltanto che violano o tendono a violare *gli altrui diritti* (21); e l'Impallomeni conferma che i " fatti che la legge considera come reati possono offendere

---

(14) Carrara, *Programma*, parte generale, vol. I, § 110.

(15) Carrara, *Programma*, parte generale, vol. I, § 111.

(16) Carrara, *Programma*, parte generale, vol. I, § 116.

(17) Carrara, *Programma*, parte generale, vol. I, § 154.

(18) Canonico, *Del reato e della pena*, Torino, 1872, p. 80.

(19) Canonico, *Del reato e della pena*, p. 110.

(20) Paoli, *Nozioni elementari di diritto penale*, Genova, 1875, pp. 26, 29; v. anche p. 67.

(21) Ellero, *Scritti minori*, Bologna, 1875, p. 78; v. anche *Trattati criminali*, Bologna, 1875, pp. 22-23, dove afferma che i diritti subiettivi violati dal reato e al cui rispetto è preordinata la pena possono appartenere così ai singoli che alla società (meglio si direbbe: allo *Stato*, giacchè la società come tale non avendo personalità giuridica, può esser soggetto di *interessi giuridici*, ma non di *diritti*).

immediatamente un *diritto individuale* o un *diritto collettivo* „ (22). Ma l'accordo fra gli autori su la concezione del reato come violazione di un diritto subiettivo si fa addirittura unanime quando essi discendono a fissare la differenza fra il “ *delitto* „ in vero e proprio senso, e la “ *contravvenzione* „, tutti riconoscendo, in quella prima e più importante specie di reato, se non (o se non sempre) nella seconda, l'esistenza di una lesione o di una minaccia di un diritto subiettivo vero e proprio (23). L'affermazione che il reato,

---

(22) Impallomeni, *Istituzioni di diritto penale*, Torino, 1908, § 3, p. 6. Nello stesso senso la *Relazione al progetto Zanardelli*, p. xviii: “ .... Ciò che costituisce *l'essenza* di un reato è la *violazione di un diritto*..... Dunque, a seconda della varietà del diritto leso, deve variare la *qualità del reato* che ne risulta, come a seconda della sua maggiore o minore importanza deve variarne la quantità „.

(23) Cosi, oltre il Carrara già citato (*Programma*, I, § 150 e nota 1 e specialmente: *Fogli di lavoro sul progetto di codice penale italiano*, *Opuscoli*, volume II, (Prato, 1878), p. 336; *Criterio distintivo delle contravvenzioni dai delitti*, *Opuscoli*, vol. III, (Prato, 1878), p. 601, vedasi, con molta precisione: Lucchini, *Ancora e sempre contro la tripartizione dei reati*, “ Rivista penale „, vol. XXII, pp. 437-438: “ .... non vi è delitto dove l'obiettivo del fatto incriminato dalla legge non sia... *un diritto specifico di pertinenza privata* (come nell'omicidio, nel furto, ecc.) *o pubblica* (come nell'alto tradimento, nella falsa moneta, ecc.)..... „; *Giustizia e Polizia* nella “ Riv. Penale „, vol. XX, p. 98 e segg.: “ ..... il primo (il delitto) infrange un dovere specifico e lede effettivamente o potenzialmente *un diritto determinato ed organico*... „ (v. anche più di recente “ Rivista Penale „, vol. LVI, p. 632); Impallomeni, *Il sistema generale delle contravvenzioni nel diritto penale e nel progetto di codice penale* nella “ Rivista Penale „, vol. XXVIII, p. 211: “ ..... dato *un diritto* essi (i delitti) ne sono la infrazione reale o direttamente potenziale „ (v. anche *Concorrenza reale e concorrenza formale dei reati*, Catania-Palermo, 1884-1885, p. 52; *Il Codice penale italiano illustrato*, vol. I, Firenze, 1904, (2ª ed.), n° 6, p. 28: “ I delitti costituiscono la lesione di un *diritto soggettivo* o, quando manchi una lesione effettiva, sono per loro natura un pericolo reale di lesione di *un determinato diritto* (di spettanza pubblica o privata) „; *Istituzioni di diritto penale*, Torino, 1908, p. 77: “ ..... i delitti hanno per obietto un divieto di legge, ma con esso insieme *uno speciale diritto* dalla legge protetto „; “ ..... i delitti offendono *un diritto soggettivo*, e con esso un determinato bene giuridico, o gli fanno correre effettivo pericolo di offesa... „; p. 84: “ ..... i fatti della prima categoria (cioè i delitti) costituiscono *sempre* una offesa a determinati *diritti subiettivi*, collettivi od individuali, pubblici o privati... „; p. 81: “ i delitti sono (oltre che violazione del diritto obiettivo) anche la violazione di un diritto soggettivo „; Mancini, *Relazione ministeriale sul progetto del codice penale* (1876), edizione ufficiale, Roma, 1877, p. 24:

o quanto meno, il delitto costituisce la violazione, la lesione, cioè,

---

" i ..... fatti che.... aggrediscono direttamente ed offendono *il diritto altrui* e perciò il legislatore... vieta e minaccia di pena... sono veri e propri delitti ". Le citazioni si possono agevolmente moltiplicare: cfr., ad es., fra i più autorevoli: Tolomei, *Diritto e procedura penale*, Padova, 1876, nº 1678; *Delitti e contravvenzioni*, nella " Rivista Penale ", vol. XXIII, p. 472; Ortolan, *Éléments de droit pénal*, t. I, Paris, 1863, nº 613, p. 253; Brusa, *Saggio di una dottrina generale del reato*, Torino, 1884, §§ 30 e 42, e più di recente: *La contravvenzione penale e l'azione civile*, nella " Rivista penale ", vol. LVIII, p. 389 (oltre che in altri scritti precedenti); Tuozzi, *Corso di diritto penale*, (2ª ed.), vol. I, Napoli, 1899, p. 127 (" I fatti che oggi vengono considerati e puniti come delitti costituiscono sempre una violazione *a diritti spettanti agli individui o alla società* " (meglio: allo Stato), " sono atti (i delitti) per se stessi ingiusti perchè attaccano *un diritto* "), e più recentemente: *La costituzione di parte civile nei processi per contravvenzione*, " Giustizia Penale ", vol. IX, col. 658; *Un'ultima parola sulla costituzione di parte civile nei giudizi penali per contravvenzione*, " Giustizia Penale ", vol. IX, col. 257. Anche fra i cultori del diritto pubblico generale si trova spesso l'affermazione che il delitto è la violazione di un diritto. Si veda, ad es.: Ranelletti, *La polizia di sicurezza*, nel *Trattato* dell'Orlando, vol. IV, parte 1ª, Milano, 1904, n. 34, p. 289 e segg.; *Corso di diritto amministrativo* (Lezioni raccolte e pubblicate da D. Carabellese), Macerata, tip. Sociale, 1904, p. 26: " ..... il delitto è costituito dalla lesione dei diritti subiettivi altrui... ". In questi ed in altri autori (eccezion fatta pel Ranelletti) il reato in genere e il delitto in particolare si trova spesso definito anche come violazione, o lesione, o minaccia di un " *bene giuridico* ": le due espressioni: " *diritto* " (*subiettivo*) e " *bene giuridico* ", si sogliono anzi adoperare promiscuamente e quasi come sinonime; ma appunto per ciò senza che si intenda così di respingere la concezione del reato come offesa di *un diritto in senso subiettivo* (vedi ad es.: Impallomeni, *Il sistema generale delle contravvenzioni*, p. 211; *Il codice penale italiano illustrato*, vol. I, p. 28; *Istituzioni di diritto penale*, pp. 76 e 77, dove i termini: " *diritto subiettivo* " e " *bene giuridico* " vengono usati indifferentemente e come equivalenti, nelle stesse pagine). L'equazione: *diritto subiettivo = bene giuridico* non è però ammissibile se non in base all'altra: " *bene giuridico* " (*Rechtsgut*) = " *obietto di un diritto* " (*Rechtsobjekt*); la quale, oltre ad essere erronea, rappresenta sempre e quanto meno uno scambio della parte (oggetto del diritto) col tutto (diritto subiettivo) (v. affermata tale equivalenza in Impallomeni, *Istituzioni di diritto penale*, p. 76: " il bene... è *giuridico* appunto perchè è *obietto di un diritto* "). Recentemente la distinzione dei *delitti* dalle *contravvenzioni* fondata sul criterio tradizionale (esistenza nei primi di un *danno* effettivamente subito o di un *pericolo*, effettivamente corso da un bene giuridico e da un diritto soggettivo e nelle seconde soltanto della eventualità di un pericolo a un bene giuridico e a un diritto indeterminato) è stata messa in dubbio (v. in tal senso per il primo: Stoppato, *L'azione civile nascente da*

o la minaccia, di un diritto subiettivo è divenuta così una affermazione abituale e costante nella dottrina italiana (24).

---

contravvenzione, nella “ Temi „, vol. XXVIII (1902), p. 272; *Ancora su l'azione civile nascente da contravvenzione*, “ Ib. „, p. 847; e inoltre: Escobedo, nella “ Giustizia Penale „, vol. VIII, col. 384 e 665; Carnevale, *Ammissibilità della azione civile nei giudizi di contravvenzione*, nella “ Legge „, anno XLIII, col. 819; *Ancora sull'ammissibilità dell'azione civile nei giudizi di contravvenzione*, nella “ Rivista di diritto penale e Sociologia criminale „, anno V, (1904), p. 113; Impallomeni, Recensione bibliografica nella “ Riv. giuridica della Sicilia „, fasc. III (16 giugno), Palermo, 1903: *Delitti e contravvenzioni*, nella “ Cassaz. Unica „, XVI, (1905), p. 737 e segg.; Civoli, *Manuale di diritto penale*, Milano, 1900, n[i] 92-93, pp. 267-287). V. più oltre parte II, cap. IV, § 2. Ma anche coloro che si dichiarano avversari di tale distinzione così concepita, o in genere di ogni distinzione qualitativa fra queste due categorie di reati, lungi dal negare che il delitto sia per sua natura la violazione di un bene giuridico o, che per essi è lo stesso, di un diritto subiettivo, accennano, se mai, a vedere anche nelle contravvenzioni, o almeno in talune di esse, la lesione o la minaccia di beni giuridici e quindi di diritti soggettivi (v. ad es.: Impallomeni, *Istituzioni di diritto penale*, pp. 80, 84-86, il quale parla di contravvenzioni violatrici di speciali *beni giuridici*, epperò di speciali *diritti soggettivi* che egli chiama *secondari*; Carnevale, *La lesione dei beni giuridici nelle contravvenzioni*, nella “ Giustizia Penale „, anno XII (1906), col. 1385-1391, specialmente col. 1389, nota 1, dove afferma che “ pure le contravvenzioni possono presentare violazioni a diritti soggettivi „; vedi anche: *Concetto e analisi della contravvenzione*, negli “ Studi Senesi „, XXII, (1905), p. 284 e segg.; XXIV, (1907) p. 56 e segg.; e fra i seguaci di una distinzione puramente *quantitativa* tra delitti e contravvenzioni: Longhi, *Teoria generale delle contravvenzioni*, Milano, 1898, p. 72: “ qualsiasi infrazione di qualsiasi norma penale è reato, e *lede*, per ciò stesso, *un diritto* „; pp. 71-72: “ La lesione di una norma legislativa, di qualunque natura sia questa, è sempre la *lesione di un diritto*; miri la norma ad evitare un danno o miri invece ad evitare un pericolo di danno, la sua infrazione importa sempre un'offesa al pubblico e al privato interesse „).

(24) Oltre gli autori citati nel testo e nelle note precedenti, si confronti ancora: Majno, *Commento al Cod. pen. ital.* (2ª ediz.), parte I, Verona, 1903, n 4, 6, 7, pp. 10-12 (specialm. nº 7, p. 12; “ secondo il sistema del Cod. ital.... i delitti (sono) violazioni immediate o deliberate aggressioni *di diritti determinati* „); Masucci, *Il Cod. pen. ital.*, vol. II, parte I (generale), Napoli, 1891, nº 14, p. 22: “ ... la *violazione di un diritto* può soltanto costituire la condizione fondamentale della incriminabilità; nº 14, p. 29: “ l'essenza obiettiva del reato.... consiste in quel fatto positivo o negativo dell'uomo il quale viola o tende alla violazione o anche soltanto espone a pericolo *questo o quel diritto...* „; v. anche nº 20, p. 44: Puglia, *Manuale di diritto penale* (2ª ediz.), Napoli, 1895, p. 26: “ ... la qualità del reato dipende dall'indole *del diritto* che forma obietto di

8. Non diversamente è accaduto nella dottrina francese. Già Pellegrino Rossi, definendo il delitto come la *violazione di un dovere esigibile verso la società o gli individui* (25), ammetteva con ciò implicitamente, secondo riconosce egli stesso, la concezione del delitto come *lesione di un diritto subiettivo* dell'individuo o della società (26). E sulle sue traccie l'Ortolan affermava essere il delitto, ad un tempo, la violazione di un *dovere* e di un *diritto*: violazione di un *dovere*, se lo si considera dal punto di vista del soggetto attivo del delitto; *violazione di un diritto*, se lo si considera dal punto di vista del soggetto passivo, e diceva che tutti i delitti sono diretti contro un diritto (27). Aggiungeva poi che i diversi generi e le particolari specie di delitto sono costituiti appunto dalla diversità del diritto violato e dalla lesione subita (28). La dottrina più moderna riprende questo antico concetto (29): e.

---

esso... „; p. 35: " per avverarsi la violazione dell'ordine giuridico la quale costituisce reato è necessario: " *un diritto* violato o di un individuo o anche di una persona giuridica... „; p. 36: " *Oggetto* del reato... è il diritto, sia di una persona *individua*, sia di una persona *collettiva*. Ora siccome i diritti sono diversi, così diverse sono le specie dei reati tanto contro i *privati* quanto contro la *società* „.

(25) Rossi, *Traité de droit pénal*, Bruxelles, 1848, livre II, chap. I, p. 166, dove afferma che il delitto è " la violation d'un devoir envers la société ou les individus, exigible en soi et utile au maintien de l'ordre politique, d'un devoir dont l'accomplissement ne peut être assuré que par la sanction pénale et dont l'infraction peut être appréciée par la justice humaine „.

(26) Rossi, *Traité de droit pénal*, p. 166: " On a longuement discuté pour savoir si le délit ne devait pas être défini la *lésion d'un droit*. La question, en apparence au moins, est une question de mots. S'il y a devoir exigible dans l'offenseur, ce devoir doit correspondre à un droit positif existant quelque part ici-bas. Les devoirs envers Dieu et envers soi-même ne sont pas du ressort de la justice humaine. Les deux définitions peuvent donc se prendre indifféremment l'une pour l'autre „: p. 169: " Le résultat du délit, l'action objective est la lésion d'un droit ... „.

(27) Ortolan, *Éléments de droit pénal* (3ª ediz.), t. I, Paris, 1863, n° 556, pp. 212 e 213; v. anche n° 542, p. 214; n° 568, p. 237; n° 957, p. 405; n° 967, p. 408.

(28) Ortolan, *Éléments de droit pénal*, t. I, n° 557, p. 212; e n° 539, p. 213.

(29) Così, ad es., il Frank, *Philosophie du droit pénal*, Paris, 1880, p. 96, dice che " une action ne peut être légitimement poursuivie et punie par la société que lorsqu'elle est la violation, non pas d'un devoir (?), *mais d'un droit individuel ou collectif* fondé, comme la société elle-même, sur la loi morale (!) „ e

tra i più recenti, il Vidal esplicitamente afferma che obietto del reato è *il diritto* da esso leso o violato, e che la natura *dei diritti* lesi dai reati serve di base alla classificazione e alla definizione dei diversi delitti nonchè alla misura della loro gravità rispettiva (30).

§ 2. — *Valutazione critica della teoria.*

9. Critiche rivolte alla teoria che vede in ogni reato l'offesa di un variabile diritto soggettivo: Merkel, Oetker, Freudenthal, Binding, Civoli, Janka (in *nota*: altre critiche a Ferrarotti). — 10. Inesattezza delle critiche del Binding, del Civoli e dello Janka affermanti l'*inviolabilità* dei diritti soggettivi. — 11. Nostra critica: *a)* Inesistenza di *diritti naturali* e di reati che li violino. — 12. *b)* Non tutti i reati sono offesa di diritti subiettivi veri e propri pertinenti a una persona, fisica o giuridica, e varianti con la specie del reato. Delitti contro la società o il pubblico. Contravvenzioni. — 13. *c)* La violazione di un diritto soggettivo non è caratteristica essenziale del reato, neanche in quei reati che presentano eventualmente tale violazione. Il reato in tanto è violazione di un diritto subiettivo, in quanto oltre ad essere un reato è anche un fatto illecito privato o pubblico e talvolta solo in quanto è un fatto illecito privato o pubblico, non in quanto è un reato. I delitti patrimoniali. I delitti contro la persona, ecc. — 14. Irrilevanza agli effetti della tutela giuridica penale della circostanza che l'*interesse* offeso dal reato abbia già o non abbia il carattere di un diritto soggettivo. — 15. L'opinione che il reato sia la violazione di un variabile diritto soggettivo non è sostenibile se non a patto o (I°) di concepire il diritto penale come pura sanzione di obblighi e diritti soggettivi prestabiliti da altre norme giuridiche: ovvero (II°) di affermare l'idoneità del diritto penale a fondare diritti soggettivi nei singoli offesi dai reati. — 16. (I°) Dottrina del carattere *sanzionatorio* del diritto penale e assurde conseguenze che ne derivano. — 17. La distinzione tra *precetto* e *sanzione penale*; varie opinioni sulla natura dell'uno e dell'altro e sul rapporto tra essi intercorrente (Binding, Wach, Beling). — 18. *Praeceptum legis* e *sanctio legis* sono elementi essenziali e indissolubili della legge penale. Unità della legge penale. Impossibilità di distinguere una *norma-precetto* (norma primaria) da una *norma-sanzione* (norma secondaria) in ispecie: la « *Norm* » dalla « *legge penale* » (Binding). Anche il precetto penale è norma di diritto penale. — 19. Critica della opinione del Binding che le « *Normen* », la cui trasgressione dà luogo alla applicazione della pena, siano norme giuridiche speciali codificate o no di diritto pubblico diverse dalle *leggi penali* come dalle altre norme del diritto pubblico e privato. — 20. Critica della opinione del Binding che gli imperativi, la cui violazione dà luogo all'applicazione della pena, siano le norme stesse del diritto privato o pubblico in quanto regolano imperativamente la condotta umana. Distinzione del diritto penale dagli altri rami del diritto pubblico e privato: eventuale connessione tra le norme dell'uno e quelle degli altri. Essa non è mai *totale*. — 21. Risultati della critica alla dottrina del carattere *sanzionatorio* del diritto penale. — 22. (II°) Il diritto penale ha bensì capacità di creare diritti soggettivi, ma non diritti dei soggetti direttamente offesi dai reati, bensì sempre un diritto dello Stato (diritto alla omissione del reato). — 23. Conclusione.

9. Contro questa opinione, che vede in ogni reato l'offesa di un diritto subiettivo di diversa specie, si sono appuntati numerosi

---

definisce perciò il delitto come la *violazione di un diritto* circoscritto in limiti precisi ed invariabili ed esigibile con la forza (p. 99).

(30) Vidal, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 2ª ediz., Paris, 1902, n° 67, p. 81.

gli strali della critica (31). Si osservò, non a torto, che essa pecca di formalismo perchè nel reato altro non considera se non l'offesa al *potere giuridico* di volere e di agire conceduto al soggetto dall'ordinamento giuridico, ma non tien conto del " bene „ che costituisce, secondo alcuni, l'*obietto*, secondo altri, il *contenuto* del diritto subiettivo e che rappresenta sempre, ad ogni modo, il vero oggetto colpito dall'azione delittuosa. " È erroneo — dice, fra gli altri, il MERKEL — voler trovare l'essenza di ogni delitto in una offesa di diritti subiettivi: si cade qui nell'errore di lasciare che l'importanza del delitto per gli interessi sociali resti eclissata dietro le sue relazioni con l'immagine formale del diritto, cioè dietro le forme e i mezzi di tutela di questi interessi „ (32). E il GEBBER muove anche alla teoria il rimprovero di ispirarsi ad un falso sentimento di estetica giuridica, per cui, dato un delitto, il pensiero corre naturalmente, per amor di simmetria, a cercare il diritto violato (33); e il FREYDORF aggiunge che essa conduce ad una illecita intrusione di concetti di diritto privato nel campo penale la quale non è senza dannose conseguenze pratiche per l'interpretazione del diritto positivo (34). Ma le obiezioni più vivaci contro questa dottrina partono, senza dubbio, dal BINDING, nella sua critica a FEUERBACH (35). Per BINDING, anche quando i reati

---

(31) Fra i più antichi avversari della teoria possono ricordarsi: MITTERMAIER, *Ueber den neuesten Zustand der Strafgesetzgebung in Deutschland*, Heidelberg, 1825, p. 117; BIRNBAUM, *Ueber das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens*, in " Archiv des Criminalrechts „, Neue Folge, Bd. I (1834), p. 149 e sg., 175 e sg.; ROSSHIRT, *Zwei criminalistische Abhandlungen*, Heidelberg, 1828, p. 118; WICHER, *Critic. disquisitiones loci qui est in Codice poenali gallico de facinor. contra bonos mores*, Groninga, 1839, p. 23 (v. anche gli autori citati nelle note 32-39).

(32) MERKEL, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889, § 7, p. 21. Osserva però il MERKEL che " là dove i beni umani trovano una tutela nella forma di un diritto soggettivo, ivi può apparire opportuno d'indicare l'oggetto dell'offesa col nome di questo diritto, giacchè in tal modo si indicano nel modo più semplice i limiti entro i quali quel determinato bene può essere oggetto dell'offesa delittuosa „.

(33) GERBER, nei *Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Bd. III, pp. 364-365.

(34) FREYDORF, *Autorrecht und Rechtssystem*, Mannheim, 1894, p. 215 e sg.

(35) Per la critica di FEUERBACH, il più forte sostenitore della teoria, possono vedersi, oltre e prima del BINDING, THIBAUT, *Beiträge zur Kritik der Feuer-*

offendono una determinata persona nei diritti a questa pertinenti (ciò che è ben lungi dall'avvenir sempre ed in tutti i casi) è ugualmente e ad ogni modo inesatto parlare di violazione di un diritto subiettivo giacchè il diritto, per lui, non può esser distrutto da una azione illecita ed anche dopo di essa continua a sussistere inalterato: sono soltanto i *beni giuridici*, non i *diritti*, che possono venir danneggiati dai reati (36). " Indubbiamente — egli dice —

---

bach'schen Theorie über die Grundsätze des peinlichen Rechts, Hamburg, 1802, p. 28 e sg., 32 e sg.; Birnbaum, *Ueber das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens*, A. N. F., 1834, p. 149 e sg.: " Wenn man das Verbrechen als Verletzung betrachten will, dieser Begriff naturgemäss nicht auf den eines *Rechtes* sondern auf den *Gutes* bezogen werden muss „; p. 175: " als Verbrechen nach der Natur der Sache oder als vernunftgemäss im Staate strafbar jede dem menschlichen Willen zuzurechnende Verletzung oder Gefährdung eines durch die Staatsgewalt allen gleichmässig zu garantirenden Gutes anzusehen sei „ e specialm. p. 172: " Dadurch das wir etwas verlieren oder einer Sache beraubt werden die Gegenstand unseres Rechtes ist, das uns ein gut welches uns rechtlich zusteht entzogen oder vermindert wird, wird ja unser Recht selbst weder vermindert noch entzogen „; Mittermaier, nelle *Note* alla 14ª ediz., già citata (Giessen, 1847), del *Lehrbuch* di Feuerbach: l'annotatore mette in mostra, paragrafo per paragrafo, gli errori cui conduce, secondo lui, la concezione del reato come offesa di un diritto subiettivo, variabile col variare della specie del reato; vedi nota al § 21, p. 46: " Qui è essenziale la questione: se il delitto sia da considerarsi come offesa di un diritto subiettivo: ciò che deve essere negato „; nota al § 23, p. 49, dove osserva che anche nella distinzione fra delitti pubblici e privati spiega influenza l'erronea concezione che ha Feuerbach del reato come offesa di un diritto subiettivo; e sopra tutto nota I al § 161, pp. 264-265, dove combatte la classificazione feuerbachiana dei delitti dichiarandola o destituita di base o fondata sopra il falso principio che in ogni reato sia sempre da trovarsi un diritto subiettivo offeso. Contro Feuerbach vedi anche: Berner, *Theorie des heutigen deutschen Strafrechts*, Bd. I, Leipzig, 1859, p. 105 e sg.; Oppenheim, *Die Objekte des Verbrechens*, Basel, 1894, § 1, pp. 2 e 3. Altri autori più radicalmente negano che il reato possa *mai* essere la violazione di un diritto subiettivo, e fanno consistere appunto in ciò la sua differenza col torto puramente civile; su di essi vedi più oltre, testo (nⁱ 28 e 30) e note relative.

(36) Binding, *Handbuch des deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1885, Bd. I, § 32, p. 168: " Certo non è altrimenti pensabile alcuna offesa del diritto obiettivo la quale non si presenti immediatamente come offesa del diritto subiettivo da esso fondato; si può offendere l'ordinamento della proprietà soltanto in determinati diritti di proprietà, la Monarchia soltanto nei diritti del Monarca o del successore al trono; — e se Feuerbach non avesse errato nella determinazione del diritto subiettivo, al quale il reato va contro, la sua concezione

può l'incendiario distruggermi la mia casa e farmi perdere così la mia proprietà e il frodatore dissestarmi i miei diritti di proprietà o di credito. Ma certamente, nel primo caso, la perdita della cosa è il fondamento della perdita della proprietà, ed è indifferente se quella risulti da un caso o da un'azione colpevole, ed in tutti e due i casi, poi, nasce nel danneggiato una pretesa al risarcimento come equivalente rappresentativo del diritto perduto. Avviene così nell'interno del patrimonio una metamorfosi dell'obietto patrimoniale, ma non una abolizione di diritti subiettivi. Se il diritto subiettivo fosse effettivamente offeso per ciò, che non vien rispettato, il torto sarebbe fatto valere mediante la forza al di sopra del diritto „ (37). E non diversamente si esprime il Civoli il quale pure, sulle traccie del Binding, si dichiara contrario alla dominante opinione. " Talune di queste azioni ingiuste — dice egli, parlando del carattere di illiceità dei reati — offendono una determinata persona; e di esse si suol dire che violano diritti a questa competenti, nè a noi stessi è sempre riescito di guardarci da tale maniera comune di esprimersi. Se però si intende questa proposizione secondo il suo senso letterale, essa racchiude un concetto erroneo e si basa sulla confusione tra il *bene giuridico* e il *diritto*.

---

del reato come *offesa di un diritto subiettivo* sarebbe stata attaccabile soltanto in quanto il diritto subiettivo rimane intatto anche di fronte ad una offesa illegittima: una vera offesa di diritto neanche sarebbe così in essa „. È da notare che il Binding, pur avversando la concezione del reato come offesa di un diritto subiettivo, variabile col variare delle qualità del reato, ammette tuttavia l'esistenza di un " diritto subiettivo al quale il reato si contrappone „, e questo è per lui il " *diritto di obbedienza* „ dello Stato, diritto unico e costante nella sua qualità, malgrado il variare delle qualità del reato (v. più oltre nº 24). Anche per questo, come per ogni altro diritto subiettivo, egli ritiene però inesatto parlare di violazione o di offesa: ogni diritto subiettivo, come ogni norma giuridica, è per lui sempre come tale *inviolabile*: soltanto ammette che si possa agire in senso contrario ad essi (nel che per noi si ha, appunto, la violazione).

(37) Binding, *Handbuch des deutschen Strafrechts*, § 32, pp. 168 169. V. anche: *Die Normen und ihre Uebertretung*, Bd. I, Leipzig, 1890, p. 296: " das subjektive Recht gerade wenn ihm nicht entsprochen wird seiner vollen Rechtskraft bedarf um sich durchzusetzen „. Nello stesso senso di Binding: Linckelmann, *Die Schadenersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich*, Berlin, 1898, p. 71: " La parola *illecitamente* si riferisce ugualmente come la parola *iniuria* all'inferimento del danno, all'offesa *dell'oggetto del diritto*, non del diritto stesso „.

Il diritto non può essere distrutto da una azione ingiusta ed anche dopo di essa continua a sussistere inalterato: sono soltanto i beni giuridici che possono venire pregiudicati dai reati. È ben vero che quando alcuno per farmi dispetto prende una cosa mia e la distrugge, il suo diritto di proprietà sopra di essa vien meno e si trasforma in un diritto di risarcimento che mi compete verso il danneggiatore, ma ciò che ha fatto cessare il diritto di proprietà è la distruzione della cosa, la quale lo ha reso senza oggetto, e non la circostanza che questa distruzione fosse delittuosa. Infatti, il diritto di proprietà cessa ugualmente quando la cosa sia stata distrutta accidentalmente o a sèguito di una negligenza non punibile „ (38). Una critica analoga muove lo JANKA. “ È errato — egli dice — designare il torto giuridico (*Unrecht*) come offesa del diritto. Il torto non offende il diritto: non il diritto obiettivo, la norma giuridica, poichè questa rimane, anche dopo il torto, intatta ed illesa come prima: e tanto meno il diritto subiettivo. Il derubato ha la *rei vindicatio*. Da un diritto di proprietà, che sia stato distrutto o danneggiato, non nasce nessuna *rei vindicatio*, la quale presuppone l'integrità di questo diritto „ (39).

10. Non tutte queste critiche possono essere accolte. Accolta deve essere, perchè giustissima, l'accusa di formalismo che lancia MERKEL alla teorica in discorso; e si può consentire volentieri anche alle critiche di GERBER e FREYDORF, per quanto abbiano bisogno esse stesse di giustificazione. Ma dove non si può assolutamente convenire, è nelle obiezioni che alla concezione del reato come offesa di un diritto subiettivo rivolgono insieme, il BINDING, il CIVOLI e lo JANKA. E non si può convenire perchè è in esse

(38) CIVOLI, *Lezioni di diritto penale*, Parte prima, Torino, 1895, p. 161. Questa confutazione non è riprodotta nel *Manuale di diritto penale*, Milano, 1900, n° 90, p. 262. Vedi però n° 484 p. 1391: “ .. il delitto propriamente non consiste nella violazione del diritto conferito dalla legge a colui che del delitto è vittima.. „.

(39) JANKA, *Das österreichische Strafrecht* (4ª Aufl. von KALLINA) Wien, 1902, § 25, p. 42, nota 1. Nello stesso senso LÖFFLER, nella “ Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft „, Bd. XXI, p. 548: “ il mio diritto di proprietà non è offeso mediante il furto; ciò è bensì il fondamento della *rei vindicatio* contro il ladro „.

sopra tutto l'errore di fondarsi su di un concetto eccessivamente *formale*, e per ciò stesso, inesatto del *diritto subiettivo*. In vero, se, seguendo il concetto dei giuristi romani, si intende per diritto subiettivo la tradizionale " *facultas agendi* „ o se, seguendo le orme di HEGEL (40) e WINDSCHEID (41), lo si concepisce come una " *Willensmacht* „ come una pura *potestà o possibilità giuridica di volere*, potrà forse anche dirsi — quantunque da noi si pensi il contrario — che il diritto subiettivo rimanga intatto anche di fronte a una offesa illegittima; e ciò pel motivo che non può la volontà e l'azione illecita o delittuosa del singolo togliere quella facoltà di agire quel *potere giuridico* di volere, quell'*autorizzazione*, insomma, che la volontà dello Stato, mediante l'ordinamento giuridico, unicamente concede alla volontà del privato e unicamente ad essa può togliere. Se così fosse, infatti avrebbe ragione il BINDING di dire che il torto sarebbe fatto valere con la forza al di sopra del diritto. Ma se, seguendo la concezione di JHERING (42), si intende il diritto subiettivo come un " *interesse giuridicamente protetto* „, o, aderendo a quella più moderna e completa di JELLINEK (43) e BERNATZIK (44), lo si concepisce come un " *interesse giuridicamente protetto con l'accordare*

---

(40) HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse* (2ª ediz.), p. 287.

(41) WINDSCHEID, *Manuale del diritto delle Pandette* (trad. FADDA e BENSA), I, p. 170 (Nello stesso senso ARNDTS, SINTENIS, *ivi* citati).

(42) JHERING, *Geist des römischen Rechts*, Leipzig, 1875, p. 328.

(43) JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg, 1892 (1ª ed.), p. 44: " Das subjektive Recht ist das durch Anerkennung menschlicher Willensmacht geschützte Gut oder Interesse „. Nella seconda edizione di questo lavoro. (Tübingen, 1905) definendo il diritto subiettivo, JELLINEK dà maggior risalto all'elemento della *volontà* ma conserva sempre la dovuta importanza a quello dell'*interesse*: " Das subjektive Recht ist die von der Rechtsordnung anerkannte und geschützte auf eine Gut oder Interesse gerichtete menschliche Willensmacht „ (p. 44). Questa seconda definizione rassomiglia molto a quella messa innanzi in una sua recensione da HEIMBERGER, nella " Kritische Vierteljahreschrift „, 1894, p. 237: " die auf ein Gut oder Interesse gerichtete durch (staatliche) Anerkennung geschützte menschliche Willensmacht „.

(44) BERNATZIK, *Die juristische Persönlichkeit der Behörden Zugleich ein Beitrag zur Theorie der juristischen Personen*. Estratto dell' " Archiv für öffentliches Recht „, Bd. V, Heft 2, Freiburg, 1890, §§ 5 e 8, pp. 25 e sgg., 64 e sgg. Questo concetto del " *diritto subiettivo* „ è ormai dominante nella dottrina tedesca e italiana. Riscontrare le citazioni *retro* a nota 30 dell'*Introduzione*.

un potere giuridico a una volontà individuale „, è assurdo il dire che il diritto subiettivo, almeno in quanto lo si considera nel suo contenuto sostanziale (*interesse*), rimane illeso ed incolume di fronte a una azione illecita e che continua a sussistere inalterato dopo di essa. Come inalterato, se è appunto nella *lesione* di questo interesse, che il diritto obiettivo protegge, e che costituisce la *sostanza* del diritto subiettivo, o quanto meno nel *pericolo* a cui lo si espone, che sta il carattere *illecito*, e insieme *dannoso* o *pericoloso*, dell'azione in discorso, reato o no che essa sia?

E non si confonda l'*oggetto* del diritto subiettivo, *cosa* o *persona*, con l'*interesse* costitutivo del diritto epperò col *diritto subiettivo* medesimo. La *cosa* mobile o immobile che forma *oggetto* del mio *diritto di proprietà* può esser, sì, *distrutta o dispersa* dall'azione delittuosa, come nel caso di un incendio colpevole o di un danneggiamento (art. 300, 424, cod. pen.), e può anche rimanere illesa, come avviene nel furto o nella frode (art. 402, 413, cod. pen.). E tuttavia sempre *offeso* e *danneggiato*, e non più intatto, è, anche nell'ultimo caso, il mio *diritto di proprietà* come *interesse economico allo sfruttamento esclusivo di un bene esterno* come *interesse al godimento e alla libera e assoluta disposizione di una cosa determinata* (art. 436 cod. civ.). Che, così inteso, il diritto di proprietà venga, nel primo dei due casi, leso e danneggiato, anzi, addirittura *distrutto e perduto*, è evidente, perchè non può un *diritto su un oggetto* determinato continuare a sussistere, quando più non sussiste l'oggetto. La proprietà di una cosa senza la cosa stessa, è una contradizione in termini. Che importa che il diritto di proprietà s'estingua anche per l'*interitus rei*, per una perdita, puramente casuale, della cosa che ne forma l'oggetto? Ciò non prova che un'azione colpevole non abbia anch'essa talvolta la forza di far cessare un diritto, col far cessare l'obietto del diritto medesimo. Fortuita o volontaria che sia la perdita della cosa, essa non può non trar seco la perdita del diritto di proprietà. E che il diritto di proprietà, nel caso anzi detto si perda, cioè cessi di esistere come tale, è provato proprio dal fatto che nasce nel danneggiato dall'azione delittuosa una pretesa al risarcimento del danno. Che altro è, infatti, questa se non l'equivalente rappresentativo, come dice il BINDING, o meglio l'equivalente economico del diritto *che si perde*? E a che scopo trasformare e convertire un diritto di proprietà in un diritto di credito che, per il suo valore economico, ne rappresenta l'equivalente,

se quello continuasse ancora a sussistere inalterato? Qui non c'è soltanto una metamorfosi nell'interno del patrimonio, ma altresì la perdita, la cessazione totale di un diritto subiettivo (diritto di proprietà) e la sostituzione ad esso di un diritto diverso (diritto di credito). Ma anche nel caso in cui la cosa altrui non venga punto distrutta dall'azione delittuosa, come avviene, ad esempio, nel furto (art. 402, cod. pen.), non è meno *offeso* o *danneggiato*, per questo, il diritto di proprietà su di essa. Certo il derubato ha la *rei vindicatio* (art. 708, cod. civ.). Certo la *rei vindicatio* presuppone l'esistenza di un diritto di proprietà, perchè non può rivendicare chi non è proprietario (art. 439, 708, 709, cod. civ.). Ma non presuppone già l'integrità di questo diritto. Presuppone, anzi, la sua violazione (art. 708, cod. civ.). Il diritto alla restituzione della cosa contro il possessore non può nascere che dalla lesione del diritto di proprietà, perchè solo al momento della sua violazione il diritto reale dà luogo a un diritto verso una determinata persona, verso un obbligato. Prima della violazione c'è soltanto da parte del proprietario la pretesa generica e indeterminata all'altrui rispetto, la pretesa di non essere da altri disturbato nell'esercizio della propria signoria su la cosa: non un diritto alla restituzione della cosa. Sia (come a noi pare) o non sia un diritto nuovo e cioè un diritto di credito questo che sorge dalla violazione del diritto di proprietà, sempre sta che la pretesa alla restituzione della cosa contro il possessore non può nascere senza che sia violato il diritto di proprietà sulla cosa (45).

---

(45) Cfr. Windscheid, *Die actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf, 1856, pp. 6, 222; *Pandette*, § 43, e Chiovenda, *L'azione nel sistema dei diritti*, Bologna, 1903, pp. 44, 45, nota 21, 49, nota 24; *Principi di diritto processuale civile*, 2ª ediz., Napoli, 1908, § 1, p. 30: "Quando lo stato di fatto non corrisponde al diritto, il diritto si dice *leso*; e dalla lesione di un diritto può nascere un diritto nuovo, così che le norme come i diritti si distinguono in *originarie* e *derivate*. Dalla lesione di un diritto assoluto nasce un diritto nuovo contro una determinata persona che è obbligata a soddisfarlo (ad es. restituendomi la cosa mia) e non potendo a risarcire il danno. — Dalla lesione di un diritto relativo può nascere un diritto nuovo contro la persona già precedentemente determinata: perchè questa è tenuta a disfare, se è possibile, ciò che non dovendo ha fatto ed è tenuta al risarcimento dei danni in ogni caso in cui l'adempimento specifico non è più possibile. Molto bene si esprime in proposito Hold von Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, Bd. I, Iena, 1903.

11. Altre critiche possono, invece, muoversi alla concezione del reato come offesa di un diritto subiettivo diverso a seconda della specie del reato. Se invero — come fanno, ad esempio, il FEUERBACH, il PAGANO, il CARMIGNANI, il CARRARA — si intende per " *diritto subiettivo* „ una pura *facoltà* o *libertà* data all'individuo dalle leggi della *natura* (o della *ragione* o del *pensiero*) e per reato la violazione di una di tali facolta o libertà naturali; facile è allora rispondere che il reato non può concepirsi come la violazione di un " *diritto naturale* „, soggettivamente inteso, semplicemente perchè non esiste nella realtà positiva un " diritto obiettivo „, un ordinamento giuridico *naturale* (o *razionale*, o *ideale*) che tali *diritti subiettivi naturali* possa creare. Unico diritto è il diritto positivo, unico ordinamento giuridico è l'ordinamento posto dalla volontà dello Stato; uniche facoltà, unici poteri giuridici, unici diritti subiettivi, quelli concessi dallo Stato e riconosciuti dall'ordine giuridico positivo.

12. Ma anche se per diritti subiettivi si intendono appunto quelle facoltà o pretese concedute dallo Stato a un soggetto umano

---

pp. 382-383: " Il rapporto giuridico il quale nasce in conseguenza della determinazione di volontà contraria all'obbligo è un altro da quello che anteriormente esisteva. Prima del furto il derubato ha diritto a che il ladro si astenga dal portargli via la cosa, cioè un diritto ad una omissione: dopo il furto egli ha diritto a che il ladro gli restituisca la cosa, cioè un diritto ad una azione del ladro. Chi identifica i due casi dimentica che soltanto il rapporto economico del proprietario con la cosa, l'interesse alla cosa, sta a fondamento dei due rapporti giuridici e che questo è un puro elemento economico. Gli interessi giuridici sono non interessi alle cose, o, per esprimerci correttamente, interessi all'avvenimento o non avvenimento di eventi i quali toccano all'esistenza o alla natura di una cosa, ma sempre e soltanto interessi ad azioni di uomini. Si danno così certamente azioni illecite le quali hanno per conseguenza che un diritto si estingua e che un altro ne sorga al suo posto. Ma si ha in ciò soltanto una conversione del diritto. Il fatto reale che qui si presenta sta in ciò, che dopo che il motivo non ha agito su la volontà dell'obbligato, viene emessa un'altra norma e viene imposto un altro motivo e vengono obbligate altre persone eventualmente diverse da quelle che erano prima obbligate, p. es., organi dello Stato. Al posto di un rapporto, di un diritto, viene un altro rapporto, un altro diritto. Ma l'azione illecita non ha per necessaria conseguenza questa distruzione e generazione di diritti. In quanto il furto rimane nello stadio del puro tentativo la posizione giuridica del derubato non viene modificata „.

mercè l'ordinamento giuridico positivo e s'intende il reato, proprio come la violazione di uno di tali diritti, non per questo si rivela più esatta la concezione del reato come offesa di un variabile diritto subiettivo.

Sta, in vero, di fatto, per chi esamini imparzialmente la realtà del diritto positivo, che non tutti i reati sono offese di diritti subiettivi, veri e propri, pertinenti a una persona, fisica o giuridica, e varianti col mutare della specie del reato. Esistono, invece, una quantità di azioni delittuose mediante le quali non vien punto violato un qualsiasi *diritto subiettivo* di un qualsiasi *subietto giuridico*, individuale o collettivo; ma vien offeso soltanto un *interesse* o un *bene*, di un individuo o di una collettività, tutelato, sì, giuridicamente, ma non nella forma di un diritto subiettivo, bensì in modo puramente *obiettivo*, rispetto al subietto di quel bene o interesse (46). Così i delitti contro l'ordine pubblico, la fede pubblica, l'incolumità pubblica, la morale pubblica o il buon costume, non offendono necessariamente un particolare diritto subiettivo: non un *diritto subiettivo pubblico*, dello Stato o dell'individuo, e nemmeno necessa- un *diritto subiettivo privato* dell'individuo o di una persona giuridica privata. Essi offendono, invece, un *bene* o *interesse*, pertinente, non a un singolo cittadino, ma a tutti i cittadini, come tali, e non a tutti i cittadini considerati *uti universi*, ma a tutti i cittadini considerati *uti singuli*. Un interesse, dunque, o un bene, bensì collettivo

(46) Per ciò non soddisfa nemmeno l'acuta distinzione con cui il FILOMUSI-GUELFI, *Enciclopedia giuridica* (4ª ediz.). Napoli, 1904. § 136, p. 569, tenta di risolvere il grave problema: “ Se poi in ogni delitto, egli dice, oltre l'infrazione della norma giuridica vi sia sempre la negazione di un diritto subiettivo, mi limito a dichiarare che bisogna intendersi nella posizione del problema. Concependosi il diritto subiettivo nel largo senso come riferentesi o all'individuo o alla personalità sociale, l'infrazione della norma giuridica ha per conseguenza anche l'infrazione di un diritto subiettivo. Ma se al diritto subiettivo si dà un ristretto significato, come riferentesi all'individuo, sia di una *pretesa*, sia di un *interesse garantito*, vi può essere delitto anche senza infrazione di tali diritti subiettivi così concepiti „. E che tale distinzione non risolva il problema è reso evidente appunto da ciò: che, s'intenda il diritto subiettivo come diritto dell'individuo o come diritto della personalità sociale, cioè dello *Stato*, esistono sempre delitti, che non violano nè una *pretesa* nè un *interesse* dell'individuo, e neppure una *pretesa* o un *interesse* dello Stato, ma semplicemente un interesse *di tutti i cittadini, ciascuno particolarmente considerato.*

o sociale, ma di cui non è soggetto lo Stato, come persona giuridica, e neppure un individuo, una data persona, un subietto umano di diritti, individualmente determinato, bensì tutta la società, non considerata come unità giuridicamente personificata, la collettività dei cittadini, il pubblico (47). Così pure vi è tutta una serie

(47) Son questi i così detti "*vage Verbrechen*" del Feuerbach (*Lehrbuch*, § 388), *vagierende Verbrechen* del Loening (*Grundriss*, § 155), e che l'Oppenheim, *Die Objekte des Verbrechens*, Basel, 1894, § 33, p. 233, chiama "delitti con indeterminato oggetto di tutela (*Verbrechen mit unbestimmten Schutzobjekt*). La posizione di questi reati nel sistema dei delitti in ispecie, ha formato, in ogni tempo, la croce dei criminalisti italiani e stranieri, e sopra tutto di quelli, come appunto il Feuerbach e il Loening in Germania, il Carmignani e il Carrara in Italia, i quali difendono la concezione del reato come offesa di un variabile diritto soggettivo. Così il Feuerbach fu costretto a far entrare fra i "*vage Verbrechen*" quelli che, non presentando la violazione nè di un *diritto dello Stato*, nè di un *diritto dell'individuo*, sfuggivano alle due fondamentali categorie dei delitti *pubblici* e *privati* (*Lehrbuch*, zweiter Buch, zweiter Theil, § 388 e segg., p. 616 e segg.). E il Carmignani, dopo aver distinto i delitti in due grandi classi e cioè in *delitti politici* e *politico-civili* secondo che producono un *danno immediato* "*politico*", ovvero un *danno immediato* "*civile*" o "*privato*" (*Elementi*, §§ 120-123; §§ 154-155), e dopo aver collocato in quest'ultima classe quei delitti i quali, pur producendo *mediatamente* un *danno politico*, ledono tuttavia *immediatamente* i *diritti naturali dell'uomo* (*Elementi*, §§ 120, 122, 157), si trovò ugualmente necessitato a suddistinguere la prima classe in due sottospecie: cioè dei *delitti direttamente politici* e dei *delitti indirettamente politici*; gli uni offensivi dei diritti propri dello Stato concepito come persona giuridica, gli altri offensivi soltanto di quelle istituzioni sociali che promuovono e proteggono la forza e i poteri dello Stato (§ 121) e che "sebbene si debbano considerare come basi dell'ordine sociale, tuttavia chi le offende non turba l'ordine pubblico se non indirettamente" (*Elementi*, § 156). "Tali sono — per Carmignani — le azioni contrarie alla *religione dello Stato*, la quale è il fondamento e quasi il coagulo di ogni umana società; quelle che si commettono contro il *diritto delle genti*, benchè senz'animo di provocare guerre esterne od ostili invasioni a danno dello Stato: e finalmente quelle che turbano la *tranquillità pubblica* o offendono la *giustizia pubblica*" (*Elementi*, § 156, §§ 731-735). Vivacemente — e non a torto — critica il Carrara (*Programma*, vol. I, § 122, nota 1 e § 160) questa classificazione del Carmignani. "Questa (del Carrara) divisione dei delitti in due grandi classi, secondo che immediatamente attaccano o i diritti *naturali* di uno o di alcuni determinati individui o attaccano, invece, i *diritti sociali* e così i diritti di *tutti i consociati*, sembra esteriormente, dice egli, la riproduzione della divisione del Carmignani in *delitti politici e politico-civili*; ma il concetto ne è sostanzialmente difforme. Carmignani, nel suo pensiero, dimentica la personalità di tutti i cittadini nella

di reati, le così dette *contravvenzioni* mediante le quali, non vien necessariamente offeso o minacciato un diritto subiettivo, pub-

---

personalità dello Stato e dona a questa personalità ideale una somma di diritti che considera come tutti suoi propri. E prendendo di mira la società come ente di per sè stante, trova i delitti *politici diretti* nella offesa recata a tale persona giuridica, senza guardare il diritto dei consociati alla di lei esistenza. Il diritto, secondo questa idea, è nello Stato, come, secondo altre idee, era nella persona del principe. Poi, immaginando quasi dei puntelli a quella persona nelle istituzioni per le quali si rafforza lo Stato, trova nelle offese a tali istituzioni i delitti che chiama *politici indiretti*. Così gli avvenne che il falso pubblico e nummario e le offese alla finanza e alla salute pubblica gli rimasero come anomalie e gli avvenne altresì di dover, con non molta esattezza, noverare come *istituzioni sociali* la quiete pubblica e il gius delle genti. La nostra divisione, invece, non si ferma a cercare i diritti nella persona dello Stato. Guardiamo la massa dei consociati. Se il delitto offende tal cosa a cui tutti hanno interesse e diritto comune, diciamo questo un delitto di *danno immediato universale* e lo poniamo nella classe dei delitti politici, che preferiamo chiamare *sociali*, perchè tale communanza di interesse e di diritti non può nascere che dalla associazione. E se il fatto offende invece una cosa sulla quale non abbiano diritto gli altri cittadini, tranne il paziente del fatto criminoso, lo diciamo delitto di *danno immediato particolare*. E poichè questi diritti all'individuo li dà la natura, a tali delitti (che sono presso a poco i delitti *politico-civili* di CARMIGNANI) diamo il nome di *naturali* „ (*Programma*, I, § 160). Ma la concezione del CARRARA, meno ancora di quella del CARMIGNANI, va esente da errori. *Diritti* di cui siano soggetti *tutti* i cittadini e *ciascun* cittadino come tale, è un concetto giuridicamente assurdo. Ogni *diritto subiettivo*, appunto perchè subiettivo, presuppone l'esistenza di un “ *soggetto* „ *individualmente determinato* (*soggetto attivo del diritto*) al cui “ *interesse* „ il diritto obiettivo conceda la sua protezione giuridica con l'accordare un “ *potere giuridico* „ alla “ *volontà* „ richiesta per realizzarlo: sia poi questa *volontà* quella del *subietto* stesso dell'*interesse* o quella di un altro subietto che voglia e agisca per lui (*organo, rappresentante*). Potrà questo interesse essere un interesse *collettivo* o *sociale* o *pubblico*, proprio cioè di tutta la società, della collettività dei cittadini, del pubblico: ma tale interesse non costituirà mai un *diritto* in senso *subiettivo* e più precisamente un *diritto subiettivo pubblico* senza un subietto individualmente determinato (titolare) del diritto medesimo: sia poi questo lo Stato (*diritto subiettivo pubblico statuale*) o un singolo cittadino (*diritto subiettivo pubblico individuale*). Se questo soggetto determinato e specifico non c'è, ma vi è invece un soggetto indeterminato e generico (la generalità dei cittadini), se non esiste una persona fisica o giuridica, privata o pubblica, in cui l'interesse sociale generale possa *individualizzarsi*, non c'è un diritto *subiettivo*, ma, se mai, un *interesse obiettivamente protetto* da una norma giuridica. Un diritto che appartiene *a tutti* è un diritto che non appartiene *a nessuno*, è un diritto *senza soggetto*. E un diritto soggettivo, senza soggetto, è una contraddizione in termini

blico o privato, dell'individuo e dello Stato, di una persona fisica o di una persona giuridica, ma vien trasgredita, invece, una norma giuridica il cui scopo è bensì la tutela di *beni* o *interessi sociali*, o anzi pubblici, ma questi beni o interessi, non costituiscono in alcun modo diritti soggettivi, nè dello Stato, nè dell'individuo, non costituiscono diritti nè pubblici nè privati, bensì semplici *beni* o *interessi giuridici* protetti in modo puramente *obiettivo*, non già subiettivo (48).

13. Ma c'è di più. Anche quando i reati, o più precisamente i delitti, offendono una determinata persona, fisica o giuridica, privata o pubblica, in un " *diritto soggettivo* „ ad essa appartenente, è egualmente e sempre inesatto definire il *reato* come violazione di quel particolare e determinato diritto subiettivo.

Perchè questo *diritto subiettivo* in tanto esiste, in quanto esistono *altre norme giuridiche* pubbliche o private, che non quelle di diritto penale, in cui il diritto stesso trova la sua fonte. E in tanto il *reato* viola tale *diritto subiettivo* in quanto esso, oltre ad essere un fatto contrario alle norme del diritto penale, è altresì un fatto contrario ad altre norme giuridiche, pubbliche o private; oltre ad essere un reato, cioè un'azione giuridicamente illecita dal punto di vista del diritto penale, è altresì un torto giuridico, pubblico o privato, cioè un'azione giuridicamente illecita, dal punto di vista del diritto pubblico o privato; oltre a produrre la conseguenza giuridica di una pena, produce altre conseguenze giuridiche, di diritto

---

(48) Non sembra pensare diversamente: ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, t. I, Paris, 1863, quando dice (nº 613, p. 253): " ... la sanction pénale attachée à la violation de ces sortes de prescriptions (prescriptions de police) ou prohibitions l'est *moins à raison d'un droit préexistant* dont la lésion serait punissable par elle même, qu'en vue de la bonne administration du pays et de la nécessité de pourvoir utilement aux divers intérêts communs de la population „. Lo stesso FEUERBACH, *Lehrbuch*, § 22, nega che le contravvenzioni (o torti di polizia) contengano violazioni di diritti subiettivi, e ripone anzi in ciò la differenza fra delitti e contravvenzioni. Nello stesso senso: WACHTER, *Deutsches Strafrecht*, Leipzig, 1881, § 4 (cfr. più oltre nº 49): KÖSTLIN, *System des deutschen Strafrechts*, Tubinga, 1855, § 18. Cfr. anche *pro* e *contro* l'esistenza nelle contravvenzioni della offesa di un diritto gli autori citati *retro* a nota 23. Sulla natura giuridica delle contravvenzioni e su la distinzione di essi dai delitti, vedi più oltre: capitolo IV, § 2 della parte II.

pubblico o di diritto privato, che pene non sono. Se dunque, in tali casi, si vuol definire il *reato* come offesa di un determinato diritto subiettivo, bisogna aggiungere che esso è tale solo in quanto, oltre ad esser un *reato*, è anche un fatto illecito pubblico o privato. La violazione di un diritto subiettivo, non è dunque punto un carattere *essenziale* del reato, non solo perchè esistono reati che non offendono affatto alcun diritto subiettivo, ma inoltre perchè, anche quando il reato viola un diritto subiettivo vero e proprio, ciò non è più in realtà se non il prodotto di una pura e casuale *coincidenza*, su di un medesimo *interesse*, di due specie di tutela giuridica: l'una fornita dalle norme del diritto penale, l'altra da norme di diritto pubblico o privato; l'una di carattere puramente *obiettivo*, almeno di fronte al soggetto dell'interesse che si tutela; l'altra di carattere altresì *subiettivo*, cioè consistente nel trasformare quell'*interesse* in un vero e proprio *diritto* e nell'attribuirlo in pari tempo al *soggetto* dell'interesse medesimo: quest'ultima esplicantesi con l'accordare un *potere giuridico* alla *volontà* di un dato individuo (soggetto dell'*interesse* protetto, soggetto cioè del diritto, o semplice rappresentante), la quale volontà quell'*interesse* valga ad attuare: la prima esplicantesi, invece, con l'imposizione di un *obbligo giuridico* cui non corrisponde affatto, come effetto riflesso, un *potere giuridico* nel subietto dell'interesse protetto o in altro che, in suo difetto, *voglia* e agisca, a suo conto e in suo nome, per la realizzazione dell'interesse medesimo. E non basta. Tanto è diversa la tutela penale dalle altre forme di tutela giuridica, che allorchè appunto essa cada su di un " *interesse* „ il quale costituisca già per sè stesso, e in virtù di altre norme giuridiche, un *diritto subiettivo*, può il diritto penale tutelarlo *come diritto* e può tutelarlo anche come un semplice *interesse*, prescindendo dalla sua qualità di vero e proprio *diritto* subiettivo. Nel primo caso, la lesione dell'*interesse giuridico* in tanto è incriminata dalla legge penale in quanto si verifichi senza o contro la *volontà* del titolare di esso (*invito domino*); onde il consenso giuridicamente valutabile del leso toglie al fatto il carattere di reato (49). Nel secondo caso, invece, la violazione dell'interesse giuridico è incriminata e punita

(49) Ciò avviene, ad esempio, di regola nei delitti patrimoniali, nei delitti contro la libertà personale e in quelli contro il pudore e la libertà sessuale.

anche se non è commessa contro la volontà del subietto dell'interesse, anche cioè se è commessa col consenso dell'interessato e la manifestazione della volontà consenziente dell'offeso, sia pur esso persona giuridicamente capace di volere e di agire, sia pur giuridicamente valido il consenso da esso prestato, nulla toglie al carattere illecito del fatto che costituisce il reato (50). In tal ultimo caso il fatto è la violazione di un diritto subiettivo, ma *solo in quanto* è un torto giuridico pubblico o privato, *non* in quanto è un reato.

E che il reato contenga la violazione di un diritto subiettivo solo in quanto, oltre ad esser un reato, sia ad un tempo un fatto illecito privato o pubblico e talvolta solo in quanto sia un fatto illecito privato o pubblico, è principio di cui non mancano esempi numerosi ed evidenti.

Così i reati patrimoniali — impropriamente detti reati contro la proprietà (p. es., furto, frode, appropriazione indebita, danneggiamento, ecc. (cod. pen., art. 402, 413, 417, 424, ecc.)) — violano certo diritti subiettivi che con espressione sintetica potremo dire *diritti subiettivi patrimoniali*; diritti reali, per esempio (proprietà, possesso, ecc.), o diritti di credito, o gli uni e gli altri insieme (51). Ma questi diritti non esistono già in forza delle norme del diritto penale, bensì in forza delle norme del diritto privato, civile (diritto delle cose, diritto delle obbligazioni) e commerciale; e in tanto il reato patrimoniale è violazione di un diritto subiettivo patrimoniale in quanto esso costituisce, ad un tempo, un fatto illecito privato, cioè,

---

(50) Ciò avviene, ad esempio, di regola nei delitti contro la vita e l'integrità personale.

(51) Vedi, in proposito, specialmente: WAGNER, *Beiträge zur Lehre von den Objekten des Verbrechens insbesondere der Vermögensdelikte*, Erlangen, 1897, p. 53 e segg. Diversamente: DOERR, *Ueber das Obiekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtlichen Interessen*, Breslau, 1897, p. 9 e segg. Vedi anche sul concetto dei beni patrimoniali e dei diritti patrimoniali anche in rapporto al diritto penale: BEKKER (E. J.), *Ueber naturliche Beschaffenheit der Objekte unsrer dinglichen Rechte* (Sitzungsberichte der Berliner Akademie der Wissenschaften), Berlin, 1898; sul concetto di proprieta, nei riguardi del diritto penale: MASCHKE, *Das Eigentum im Zivil und Strafrecht*, Berlin, 1895; e sul concetto economico e giuridico del patrimonio considerato come oggetto di offesa nei reati patrimoniali: BIRKMEYER, *Das Vermögen im juristisch. Sinne*, Erlangen, 1879.

un delitto o un quasi delitto civile (52). Lo stesso è dirsi dei reati contro i diritti di autore o di inventore o in genere contro i così detti

(52) Con ciò non si vuol dir punto che i reati patrimoniali violino diritti subiettivi patrimoniali *solo in quanto* sono delitti o quasi delitti civili e *non già* in quanto sono reati. L'obietto, come del delitto o quasi delitto civile, così anche del reato patrimoniale, è invece proprio un diritto subiettivo: un diritto subiettivo patrimoniale, reale o di credito, protetto dal diritto penale, non già come un semplice *interesse* economico o patrimoniale, ma come un vero e proprio diritto subiettivo (proprietà, possesso, ecc.), cioè come un *potere giuridico di volere* per la soddisfazione di quell'interesse. Ciò è tanto vero che la nozione del diritto subiettivo patrimoniale, il quale costituisce l'obietto della offesa delittuosa, interviene nella definizione legislativa dell'offesa medesima in modo tale che essa non vien incriminata se non in quanto sia commessa *senza o contro la volontà del titolare* del diritto patrimoniale offeso (*invito domino* secondo l'espressione tradizionale). Cfr., ad esempio, esplicitamente: *cod. penale*, art. 402 (furto): " *senza il consenso* di colui al quale essa (la cosa mobile altrui) *appartiene* "; art. 405 (spigolamento abusivo): " *senza il consenso* di chi ne abbia *il diritto* ": e implicitamente: *cod. penale*, art. 406, 407, 408, 409, 410, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 422, 423, 424, ecc.), dove si richiede, come elemento necessario e sufficiente, che il reato sia commesso senza il consenso *giuridicamente valido* del titolare del diritto patrimoniale offeso, cioè mediante *violenza fisica* (*vis absoluta*) o *morale* (*vis compulsiva*, minaccia), o mediante inganno (*dolo*) che tolgano il consenso medesimo (nel reato dell'art. 415 il consenso è invalido anche perchè emanante da un incapace). Non posso convenire perciò col Manzini, *La concezione giuridico-positiva del diritto penale*, Estratto dalla " Rivista Penale ", vol. LXV, fasc. IV, Torino, 1907, p. 2 (riprodotto adesso nel *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, Torino, Bocca, 1908, n° 42, p. 47), quando afferma come un principio generale e comune a tutti i reati, ed anche ai reati patrimoniali, ciò che se pur è vero, è vero soltanto per certi determinati reati (reati contro la vita e l'integrità personale); e cioè che allorquando " la norma penale sembra che abbia per oggetto veri e proprî diritti individuali, non tutela già il particolare diritto subiettivo della persona, bensì l'inviolabilità di quel diritto obiettivamente considerato " (cioè: non tutela già subiettivamente ma obiettivamente l'interesse costituente il diritto subiettivo). L'esempio del possesso nel furto recato dall'egregio autore (op. cit., l. c.), è proprio quello che smentisce il principio. Già è dubbio se la norma che vieta e punisce il furto tuteli soltanto il possesso, o anche e insieme la proprietà. Certo essa presuppone sempre un diritto di proprietà su la cosa mobile, di cui ci si impossessa, giacchè questa, secondo la legge, deve essere *altrui*, cioè appunto *in proprietà* di persona diversa dal ladro (art. 402), (l'impossessamento di una *res nullius* o *derelicta* o *communis omnium* non costituisce furto; l'impossessamento della cosa propria, da altri posseduta, non costituisce furto). Certo essa, pur presupponendo sempre un diritto di proprietà su la cosa, tutela sopratutto il possesso per sè medesimo (possesso senza pro-

Individualrechte (es.: diritto al nome, alla ditta, al marchio, ecc.); e così anche dei reati contro i diritti di famiglia o lo stato civile delle

---

prietà): (si commette furto anche a danno del semplice possessore e in tal caso anche quando concorra il consenso del proprietario). È tutela così il possesso legittimo che quello così detto semplice o naturale (detenzione). Ma non lo tutela già come un puro *interesse economico,* bensì come un vero e proprio *diritto subiettivo* (diritto al possesso): se così non fosse, a costituire il furto non si richiederebbe il dissenso di colui (proprietario o possessore o semplice possessore) a cui la cosa appartiene (art. 402 c. p.: cfr. anche art. 405: " senza il consenso di *chi vi abbia diritto* "). Le massime: " la proprietà in senso penale non esiste "; " il possesso in senso penale non esiste " (vedile riportate in Manzini, *Trattato del furto e delle varie sue specie,* parte II, vol. II, sez. 1ª, Torino, Un. Tip. Ed., 1905, p. 219), sono massime di non esatto significato giuridico. Proprietà e possesso giuridicamente sono quel che sono: diritti subiettivi privati patrimoniali e più precisamente diritti reali che trovano la loro fonte nelle norme del diritto privato. Soltanto il diritto privato, non il diritto penale, può dunque dirci che cosa essi sono. Nè essi perdono la loro natura di diritti pel fatto che il diritto penale aggiunge ad essi la sua particolare tutela, e sarebbe strano che la perdessero. Si potrà questionare se nell'accordare alla proprietà e al possesso la sua tutela il diritto penale consideri in essi soltanto gli *interessi economici* che forman il contenuto di tali diritti oppure anche i *poteri giuridici* che il diritto privato accorda alle *volontà individuali* dirette alla soddisfazione di quegli interessi. Si potrà cioè questionare se il diritto penale tuteli questi come *semplici interessi,* o anche come *diritti subiettivi*; e noi incliniamo, per le ragioni anzi dette, a ritener vera per ciò che riguarda il possesso (che è l'interesse leso dal furto) quest'ultima affermazione. Ma non si potrà mai giungere ad affermare che proprietà e possesso cessino di esser diritti e di essere quei diritti la cui nozione ci è data dal diritto civile e diventino non si sa bene che cosa per effetto della tutela che il diritto penale aggiunge a quella del diritto privato. Certo il diritto penale, proteggendo il possesso, lo considera soltanto come detenzione di una cosa (non mai come godimento di un diritto, art. 685, cod. civ.); e tutela la detenzione effettiva e personale della cosa stessa, non quella che si ha per mezzo di un altro (precarista) il quale detenga la cosa in nome suo: art. 685 c. c.). Certo esso non distingue, come fa il diritto civile, fra una ed altra specie di possesso (possesso semplice, o naturale, o detenzione (art. 696, per l'azione di spoglio), possesso legittimo (art. 686 c. c., per la prescrizione trentennale), legittimo e annale (art. 694, per l'azione di manutenzione), legittimo con buona fede e giusto titolo debitamente trascritto (art. 2137 c. c. per la prescrizione decennale). Ma ciò non vuol dir altro se non che esso, nel proteggere il possesso, lo assume nella sua nozione più semplice, nella nozione cioè di un *semplice possesso naturale o detenzione di una cosa* (mobile), quale vien civilmente difeso dalla azione di spoglio (art. 696 c. c.); non vuol dir già che crei esso, il diritto

persone, nei quali tutti non è nelle norme del diritto penale, ma invece in quelle del diritto privato, civile (diritto delle persone, di-

---

penale, un possesso, in senso giuridico, diverso dal possesso di cui parla il diritto civile, una nozione giuridica di possesso diversa da quella che ci forniscono i principi del diritto privato. Anche la semplice detenzione di una cosa è un possesso, nel senso del diritto civile ed è tutelato dalle norme del diritto civile (art. 696 c. c.). Lo si chiami pure possesso " naturale „ in contrapposto al possesso legittimo o giuridico, certo non è, neppur esso, un puro e semplice *factum*, ma un vero e proprio *diritto* in senso subiettivo, (*ius possessionis, ius possidendi*), un *diritto reale*: se così non fosse non si capirebbe come potesse esso venir difeso in giudizio mediante un'azione speciale (azione di spoglio: il possesso legittimo, se annale, produce, com'è noto, l'azione di manutenzione). E come tale, cioè come diritto subiettivo (*ius possessionis*) non come un semplice *rapporto di fatto*, nè come un puro *interesse economico* è tutelato il possesso anche dal diritto penale, altrimenti non si richiederebbe, come si è detto, per l'esistenza del furto, il dissenso del possessore della cosa rubata (Cfr. in proposito di recente: Micelli, *Der Begriff d. Gewahrsams im Strafrechte*, Breslau, 1906; Ernst Ewald, *Der Begriff des Gewahrsams in den beiden Delikten Diebstahl und Unterschlagung*, Rostock, 1900; Prünes, *Das verletze Schutzobjekt beim Diebstahl*. Freiburg, 1902). E non si dica che la tutela penale del possesso è più ampia della tutela civile e copre interessi che quella civile lascia scoperti. È proprio il contrario che è vero. Il diritto penale, almeno il diritto penale italiano (vedi diversamente *Strafgesetzbuch* tedesco, § 289), non tutela il semplice possessore o detentore di una cosa contro il *furtum possessionis del proprietario*; mentre anche contro il proprietario che voglia spossessarlo della cosa che esso detiene, può il possessore difendersi civilmente con l'azione di spoglio. In conclusione — e mel perdoni l'egregio Manzini — le cui indagini in materia di furto sono certo fra le più ampie e accurate, non sembra segnare grande progresso su la nozione giuridica tradizionale del reato di furto il definirlo come " un delitto *contro i beni altrui* in senso latissimo e indipendente dai criteri economico-patrimoniali del diritto privato „; un delitto che " viola il *patrimonio* non solo in quanto quest'ultimo si consideri come una entità economica e duratura ma anche in quanto si ravvisi come un rapporto di effettiva detenzione, legittima o meno, permanente o precaria, dell'uomo rispetto alla cosa „ (Manzini, *Trattato del furto*, l. c., p. 220). Nè a tale definizione del valente scrittore aggiunge esattezza il soggiungere che " per il diritto penale è *bene* ogni cosa che ha valore rispetto alla persona che la detiene all'infuori di ogni finzione giuridica e di ogni valutazione pecuniaria o patrimoniale in senso stretto „ (Manzini, op. cit., p. 220). La verità è invece che non si può offendere la *cosa*, oggetto di un diritto (diritto reale), senza offendere il diritto medesimo, non si può violare il bene o interesse economico che costituisce il contenuto di un diritto subiettivo patrimoniale, senza violare lo stesso diritto subiettivo patrimoniale (reale o di credito); non si può ledere il patrimonio

ritto di famiglia, diritto delle cose), o commerciale che bisogna cercare la fonte del diritto subiettivo offeso dal reato. La cosa non corre diversa nei reati contro la persona, intendendo per essi non solo i reati contro la vita e l'integrità personale, ma altresì i reati contro l'onore e quelli contro la libertà *privata* individuale nelle varie sue forme (libertà personale, libertà sessuale, libertà del culto, libertà del lavoro, libertà del domicilio, libertà del segreto, ecc., nei rapporti fra privato e privato). Si può qui anzi tutto dubitare se tali reati violino, oppur no, diritti subiettivi, per la semplice ragione che si può dubitare dell'esistenza o no di quella controversissima categoria di diritti che prendono il nome di " diritti di personalità „ (diritto alla vita, diritto all'integrità personale, diritto all'onore, diritto di libertà, ecc.) (53). Ma data anche l'esistenza dei diritti di personalità e ritenuta la concezione dei delitti contro la persona, come delitti che offendono appunto uno di tali diritti, essenziali e assoluti, della personalità umana, resta ugual-

---

in senso economico senza ledere uno o più dei diritti subiettivi patrimoniali (reali o di obbligazione) il cui complesso costituisce il patrimonio in senso giuridico. Onde esattamente concepiscono la natura giuridica del furto coloro che lo definiscono come la " violazione del diritto di possesso „.

(53) Si dichiarano contrari all'esistenza di *diritti di personalità* fra i tedeschi: SAVIGNY, *Sistema di diritto attuale romano* (trad. it. di V. SCIALOJA), vol. I, p. 338; UNGER, *System d. österreichisch. Privatrechts*, Leipzig, 1892, Bd. I, § 60; BINDING, *Handbuch des deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1885, Bd. I, p. 169 e 718; JELLINEK, *System d. subjektiven öffentlichen Rechte*, 2ª ed., Tübingen, 1905, p. 83 e segg.; fra i nostri: VANNI, *Lezioni di filosofia del diritto*, Bologna, 1904, p. 142 e segg., e sopra tutti: RAVÀ, *I diritti sulla propria persona*, Estratto dalla " Rivista italiana per le scienze giuridiche „, Torino, 1901, specialmente pp. 90-182, e da ultimo: CHIOVENDA, *Principî di diritto processuale civile*, Napoli, 1906. Dice quest'ultimo autore (pp. 28-29): " ... si parla di diritto subiettivo anche in un senso più largo, perchè le norme che mirano alla conservazione dell'individuo (divieto di uccidere; di offendere il mio onore; di portare il mio nome; di danneggiare i miei beni; di menomare la libertà e simili), possono subiettivarsi, nel senso che ciascuno dice: io ho diritto che altri non mi uccida, non mi offenda, non mi danneggi, non violi la mia libertà e via dicendo. Così si parla di diritto alla vita, all'onore, alla libertà e simili, sebbene la *mia* vita, il *mio* onore, la *mia* libertà non possano essere d'altri. Impropriamente però si dà il nome di diritti soggettivi alle singole facoltà in cui si manifestano i generali diritti di libertà o di personalità, di cittadinanza, facoltà che spettano ugualmente a tutti gli uomini o a tutti i cittadini „.

mente vero che questi diritti, se esistono, esistono, se mai, in forza di altre norme giuridiche proprie del diritto privato (diritto delle persone, nonchè art. 1151 e segg., cod. civ.), non già delle norme del diritto penale; e che, ad ogni modo, in tanto un delitto contro la persona può violare uno di tali diritti personali, in quanto, oltre ad essere un delitto, in senso penale, è altresì un delitto o un quasi-delitto civile e genera un obbligo al risarcimento del danno patrimoniale o anche semplicemente morale che ne è risultato (54).

Anzi si può dire spesso: *solo* in quanto è un delitto o un quasi-delitto civile, *non* in quanto è un delitto in senso penale. E che il delitto penale, pel fatto solo che vieta e punisce i delitti contro la persona, non sia punto adatto a fondare codesti diritti subiettivi di personalità, può esser dimostrato qualunque sia il concetto che di tali diritti si voglia adottare. Perchè, sia che essi si concepiscano come *diritti* (assoluti) *su la propria persona*, come diritti cioè aventi per *oggetti* i propri beni personali (*status personae*) (diritti *su* la propria vita, *sulla* propria integrità personale, *sul* proprio onore, *sulla* propria libertà) e quindi come diritti di disporre liberamente di questi beni; sia pure che più esattamente si concepiscano come diritti (assoluti) al rispetto, al non disturbo, di questi beni personali (diritto *alla* vita, *alla* integrità personale, *all'*onore, *alla* libertà) sempre sta che il diritto penale non ha con essi nulla da fare. Il diritto penale, infatti, tutela bensì questi beni o interessi personali contro quelle azioni o quelle omissioni *altrui*, ad essi dannose o pericolose, che si chiamano delitti contro la persona, ma li tutela talvolta non ostante la *contraria volontà* degli stessi interessati. Ciò avviene di regola nei reati contro la vita e l'integrità personale (55). E ciò basta a dimostrare che il diritto penale protegge sì la *persona*, ma non protegge già, in tali casi almeno,

---

(54) Si questiona se, riconosciuta la possibilità secondo il nostro diritto (articolo 1151 cod. civ.) di una indennità per danni morali, non si abbia in ciò stesso una prova dell'esistenza dei diritti di personalità. Cfr. su questa questione: RAVÀ, *I diritti su la propria persona*, p. 198-200, il quale sostiene la inconcludenza di tale argomentazione.

(55) Non così però nei reati contro la libertà privata individuale nelle sue varie forme.

la *volontà* di non venir offesi nella propria persona, cioè il *diritto* al rispetto della propria persona, e tanto meno la *volontà* di disporre della propria persona, cioè il *diritto su la propria persona* (56). Infine i delitti di Stato, i delitti contro la pubblica amministrazione o l'amministrazione della giustizia, i delitti contro le così dette libertà civili o politiche del cittadino verso lo Stato, ecc., possono bensì violare anch'essi eventualmente *diritti subiettivi*; *diritti pubblici subiettivi* dello Stato (diritti di supremazia, generali o speciali), o *diritti pubblici subiettivi individuali* (diritto pubblico soggettivo di libertà, diritti politici, diritti civici) (57); ma è

---

(56) Dice efficacemente in proposito lo Jellinek, *System d. subjektiven öffentlichen Rechte*, 2ª ed., Tübingen, 1905, p. 83, nota 1: " La persistente considerazione di questi diritti (i diritti su la propria persona) trova il suo fondamento specialmente in ciò che l'esistenza e certe qualità personali dell'uomo possono formare oggetto di offese delittuose. Ma vita, sanità, libertà, onore, ecc., non sono oggetti che l'uomo possiede, bensì proprietà le quali costituiscono il suo concreto modo di essere. Esse cadono, non sotto la categoria dell'*avere*, ma sotto quella dell'*essere*. Il soggetto non può mai essere oggetto di fronte a se stesso. *Oggetto dell'azione delittuosa in questi casi non è un diritto, ma lo stesso soggetto del diritto. L'ordinamento giuridico protegge solo in seconda linea i diritti, ma in prima linea tutela ciò che è presupposto di tutti i diritti, cioè colui che li ha, in quelle esplicazioni che costituiscono la sua stessa esistenza* ". Nello stesso senso, ma meno esplicitamente: Walter, *Deutsches Privatrecht*, § 91, nota 1: " il diritto alla protezione nasce immediatamente dal concetto di personalità, non da quello di diritto sulla propria persona "; Unger, *System d. österreichischen Privatrechts*, § 60, nota 14. V. anche: Liszt, *Lehrbuch d. deutschen Strafrechts* (10ª ed.), § 80, p. 285.

(57) L'esistenza di *diritti pubblici soggettivi individuali* e *statuali* è un problema molto discusso. Un intero gruppo di scrittori tedeschi nega la possibilità di questa esistenza (v. ad es.: Schuppe, *Der Begriff des subjektiven Rechts*, Breslau, 1887, n° 15, p. 83 e segg.; Kohler, *Der Prozess als Rechtsverhaltniss*, Mannheim, 1888, p. 13; Goeppert, nei " Jahrbücher f. Dogmatik " di Jhering, vol. XXII, p. 112; Bornhak, *Das preussische Staatsrecht*, vol. I, p. 268). Altri l'ammettono, ma entro certi limiti e con grandi restrizioni (così Gerber, *Ueber öffentliche Rechte*, 1852; Ulbrich, *Ueber öffentliche Rechte und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, passim; Unger, *Oesterreichische Privatrecht*, § 58 e segg.; Zachariae, *Staatsrecht*, vol. I, p. 443; Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reichs*, 2ª ed., Bd. II, p. 287 e segg.; Mayer, *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, p. 2; *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1895, § 9, p. 104 e segg.; e lo stesso Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1ª ed., Freiburg, 1892; 2ª ed., Tübingen, 1905, p. 185 e segg.). Non è qui il caso di trattare incidentalmente una così grave questione. Per

ugualmente vero che tali diritti non trovano la loro fonte nel diritto penale, bensì nelle norme del diritto pubblico interno, costituzionale, amministrativo, processuale e via dicendo (58) e che in tanto essi possono venir offesi da una azione delittuosa in quanto questa, oltre ad essere un delitto, riveste altresì il carattere di un torto giuridico pubblico, di un fatto illecito di diritto pubblico, cioè contrario alle norme del diritto pubblico interno dello Stato.

---

l'affermazione recisa di diritti pubblici soggettivi dello Stato e dell'individuo, è oggi la maggioranza della dottrina italiana, cui anche noi ci siamo associati (cfr. *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, Napoli, 1906, pp. 92-96). V. per tutti LONGO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi e il diritto amministrativo italiano*, nell'" Archivio di diritto pubblico ", vol. I, pp. 161, 241, 321 e segg.; ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici soggettivi*, Milano, 1897, specialmente pp. 9-13; CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, Vallardi (*in corso*), pp. 29-30; RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, parte III, *Facoltà da esse create*, nella " Rivista italiana per le scienze giuridiche ", XXII, p. 117 e segg.; VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa* nel *Trattato* dell'Orlando, III (1898), p. 253 e segg.; MAJORANA, *La nozione del diritto pubblico subiettivo*, Roma, 1904. Della teoria dei diritti pubblici soggettivi noi — come è stato autorevolmente riconosciuto (LUCCHINI, nella " Rivista Penale ", vol. LXVII, p. 558) — fummo i primi a tentare l'applicazione nel campo del diritto penale e processuale penale (cfr. *Il diritto subiettivo di punire*, Prato, 1904, e prima ancora nella 1ª ed. della *Riparazione alle vittime degli errori giudiziari* nella " Rivista Penale ", vol. LVI, Torino, 1902, nⁱ 43-44).

(58) Non mai però nelle norme del diritto internazionale. I diritti, i doveri e i rapporti giuridici internazionali hanno per soggetti esclusivamente gli Stati componenti la comunità giuridica internazionale. Il privato individuo non può mai essere soggetto attivo o passivo di un rapporto giuridico internazionale, non può mai aver diritti e doveri internazionali, nè può quindi con la sua azione violare una norma e un rapporto di diritto internazionale. I così detti delitti contro il diritto internazionale (delitti contro il gius delle genti secondo l'antica terminologia, p. es.: pirateria, tratta degli schiavi, ecc., delitti contro gli Stati esteri o i loro capi o rappresentanti) sono anch'essi violazioni di norme di diritto interno, non di diritto internazionale. Cfr. in proposito: ANZILOTTI, *L'azione individuale contraria al diritto internazionale*, dalla " Rivista di diritto internazionale e legislazione comparata ", 1902, V, fasc. 1-3, Napoli, 1902, p. 4 e segg.; *La responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, Firenze, 1902, p. 84 e segg.; MANZINI, *Trattato di diritto penale*, vol. I, Torino, 1908, nⁱ 81 e segg., p. 113 e segg.; LISZT, *Das Völkerrecht systematisch dargestellt*, Berlin, 1898 (4ª ed., 1906), § 24; *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (16ª ed.), § 170, *sub* I, p. 541.

14. Se dunque non ogni reato è violazione di un diritto soggettivo determinato e specifico corrispondente alla specie del reato medesimo: — se pur quando il reato offende un diritto soggettivo, esso deve necessariamente costituire altresì un fatto illecito di diritto pubblico o privato; — se, infine, può talora un fatto offendere un diritto soggettivo non perchè ed in quanto è un reato, ma sol perchè e solo in quanto è un torto giuridico pubblico o privato; — si può pertanto concludere, senza esitazione, che la qualità di reato in un fatto determinato e la circostanza che esso violi un diritto subiettivo, non sono punto in un rapporto necessario di *causa* ad *effetto*. E si può affermare, anche, che non solo la violazione di un diritto soggettivo, variabile con la specie del reato, non è un carattere essenziale del reato, ma che è — proprio all'opposto — un carattere essenziale del reato quello di non violare affatto necessariamente un tal diritto soggettivo. La violazione di un diritto conferito dall'ordinamento giuridico a colui che del delitto è vittima, è invece una circostanza puramente *accidentale* che può talvolta accompagnarsi, ma di solito non si accompagna, al reato. Ed è assolutamente indifferente al diritto penale che vi si accompagni o no, perchè è giuridicamente irrilevante, dal punto di vista giuridico penale, che l'*interesse* protetto dalla pena e offeso dal singolo reato sia già per sè stesso, o non sia, per virtù di altre norme giuridiche, un diritto soggettivo. La teoria la quale vede in ogni reato l'offesa di un diritto soggettivo di diversa specie converte in un elemento essenziale al reato ciò che non è se non un elemento accidentale e fortuito, che può ricorrere o non ricorrere e che non importa ricorra o no. Essa eleva a dignità di regola ciò che non è se non pura eccezione che — secondo il trito adagio — conferma la regola nei casi non eccettuati.

15. Nè qui si ferman le critiche che si posson rivolgere contro tale teoria. Ritenere, infatti, che ogni reato sia necessariamente l'offesa di un diritto subiettivo di diversa specie, variabile col variare della qualità del reato e pertinente alla persona offesa dal reato stesso, non è, chi ben guardi, possibile che sotto questo dilemma: o di concepire il diritto penale come una pura sanzione di obblighi giuridici e quindi di diritti soggettivi prestabiliti da altre norme giuridiche; — o di affermare l'idoneità del diritto penale a fondare,

esso, diritti soggettivi nei singoli offesi dai reati. Risponde a verità l'uno o l'altro o l'uno e l'altro termine di questo dilemma? Quel che si è dianzi detto già autorizzerebbe a negarlo rispetto ad ambedue: ma dell'erroneità di entrambe quelle tesi non è forse impossibile tentare una dimostrazione più diretta e completa.

16. 1) Che il diritto penale abbia il carattere di un diritto puramente "*sanzionatorio*" o "*secondario*" o "*derivato*" o "*complementare*" rispetto ad altre norme giuridiche così dette "*principali*" o "*primarie*"; che esso altro non faccia se non determinare le conseguenze giuridiche nascenti dalla violazione di queste norme, epperò degli obblighi giuridici, dei diritti soggettivi e dei rapporti giuridici mediante esse fondati: che tali norme giuridiche principali o primarie siano date appunto, nel loro complesso, dagli altri rami del diritto pubblico o privato, — sono affermazioni che si trovano ad ogni passo nella dottrina antica e moderna del diritto penale (59),

---

(59) Basta ricordare, fra i più antichi, l'HOBBES, il BENTHAM e il ROUSSEAU. L'HOBBES, *Elementa philosophica de cive*, §§ VI-VIII, dice: "VI. Rursus *lex civilis* pro duobus legislatoris officiis, quorum alterum est *judicare*, alterum *cogere* ut judiciis acquiescant, duas habet partes, alteram *distributivam*, alteram *vindicativam* sive *poenariam*. *Distributiva* est qua jus suum cuique distribuitur, hoc est, quae regulas omnium rerum constituit, quibus scimus quid nobis, quid aliis proprium sit, ita ut nos nostris uti et frui alii non impediant, neque nos impediamus illos ne utantur et fruantur suis; et quid cuique licitum sit facere vel omittere, quid illicitum. *Vindicativa* est, qua, quae poenae sumendae sunt de iis qui legem violant, definitur. VII. *Distributiva* autem et *vindicativa* non sunt duae legum *species*, sed ejusdem legis duae *partes*. Siquidem enim lex nihil amplius dicat, quam, verbi gratia, *tuum esto, quod tu tuo reti cepisti in mari*, frustra est. Quamquam enim alter eripiat tibi quod cepisti, non impedit quin adhuc tuum sit; nam in statu naturae, ubi omnia omnium sunt communia, idem est et tuum et alienum: ita quod lex definit esse *tuum*, *tuum* erat etiam ante legem, et post legem *tuum* esse non desinit, quamquam ab alio possessum. Nihil ergo lex agit, nisi ita intelligatur, ut sic *tuum* sit, ut omnes alii prohibeantur, ne impediant quominus omni tempore eo possis tuo arbitratu secure uti et frui. Hoc enim est quod requiritur ad proprietatem bonorum, non ut quis iis possit uti, sed possit solus, quod fit prohibendo alios ne sint impedimento. Sed frustra etiam prohibent qui metum poenarum non incutiunt: frustra ergo lex est nisi utramque partem contineat, et illam quae prohibet injurias fieri, et illam quae facientes punit. Harum prima, quae *di-*

ma contro le quali non sono mancate critiche numerose ed auto-

---

distributiva dicitur, *prohibitoria* est, et loquitur ad omnes: secunda, quae *vindicativa* vel *poenaria* appellatur, mandatoria est, et loquitur tantum ad ministros publicos. VIII. Ex quo etiam intelligitur omni legi civili annexam esse poenam, vel explicite, vel implicite. Nam ubi poena neque scripto, neque exemplo alicujus qui poenas legis transgressae jam dedit, definitur, ibi subintelligitur poenam arbitrariam esse, nimirum, ex arbitrio pendere legislatoris, hoc est, summi imperantis; frustra enim est lex quae impune violari potest „. Concetti analoghi, con cui giova il confronto, si trovano anche in Pufendorf, *De iure naturae et gentium*, libro VIII, cap. 3°). E il Bentham, *Vue générale d'un corps complet de législation; Rapport du pénal et du civil* (ch. III) (nella raccolta delle *Opere* pubblicate da Dumont, 3ª ed., Bruxelles, 1849, vol. I, p. 289), negando ogni intima diversità di natura fra la legge penale e la civile, afferma che “ chaque loi civile forme un titre particulier qui doit enfin aboutir à une loi pénale: chaque loi pénale est la suite, la continuation, la terminaison d'une loi civile „ e soggiunge che entrambe queste leggi, sebbene sotto due punti di vista diversi, considerano tuttavia i medesimi oggetti, e cioè la legge civile stabilisce un diritto e la legge penale ordina di punire chi abbia violato questo diritto, in modo che la legge penale racchiude implicitamente in sè la legge civile: “ La loi qui convertit en acte un délit et la loi qui ordonne une peine, ne sont, à proprement parler, ni la même loi, ni parties de la même. Tu ne déroberas point, voilà la loi qui crée un délit.... Que le juge fasse mettre en prison celui qui aura dérobé, voilà la loi qui crée une peine. La première ne renferme point la seconde; mais la seconde renferme implicitement la première. Dire aux juges: faites punir les voleurs, c'est intimer clairement la défense de voler „. E altrove (*Théorie des peines et des récompenses*, livre I, chap. 1°, in *Oeuvres* citate, II, p. 9), estendendo il principio anche ad altre leggi diverse dalla legge civile, afferma: “ Par rapport à l'origine du droit de punir, il n'y a rien de particulier à en dire: elle est la même que celle de tous les autres droits du gouvernement. On ne saurait même concevoir un seul droit ni du gouvernement, ni des individus, qui pût exister sans le droit de punir. Il est la sanction de tous les autres „. Ma il più radicale di tutti è il Rousseau, il quale con una logica, certo ammirevole per la sua inflessibilità, ma non per questo meno cieca di fronte alla realtà delle cose, giunge alla conclusione che la legge penale non è una legge di per sè stante, ma semplicemente una sanzione di tutte le altre (Rousseau, *Le Contrat social*, ed. Parigi, 1820, P. II, ch. X e XII). — Il carattere sanzionatorio del diritto penale è sostenuto, fra i moderni, dal Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Bd. II, 2ª Aufl., Leipzig, 1890, p. 35 e segg.; *Handbuch des Strafrechts*, Bd. I, Leipzig, 1885, § 30 e segg., p. 155 e segg. (il quale distingue appunto la “ *Norma* „ (*Norm*), cioè l'imperativo, il comando o il divieto (norma primaria), dalla “ *legge penale* „ (*Strafgesetz*) che la presuppone e regola le conseguenze della sua violazione (norma secondaria) — e in genere dai

revoli (60). La condanna di tale opinione è già nelle sue conse-

---

seguaci della, da lui fondata, *Normentheorie* (cfr. avanti nota 63). Vedi sopra tutti: BIERLING, *Zur Kritik d. juristischen Grundbegriffe*, Erster Theil, Gotha, 1877, specialmente p. 146: " Jedes Strafgesetz setzt eine Norm voraus deren Uebertretung gerade die Bedingung für die Anwendung der Strafsatzung ist „; *Juristische Principienlehre*, Freiburg-Tübingen, 1894-1905, Bd. I, Freiburg, 1894, §§ 4-9; THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878, § 1, p. 1 e segg.; § 6, p. 19 e segg.; SCHUPPE, *Der Begriff des subjektiven Rechts*, Breslau, 1887, p. 21: JANKA, *Oesterreichische Strafrecht*, 4ª ed. von KALLINA, Wien, 1902, § 16, p. 29; FINGER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Bd. I, Berlin, 1904, § 18, pp. 96-100, e più decisamente: BELING, *Grundzüge des Strafrechts*, 3ª ed., Tübingen, 1905, § 10, p. 14 e segg.; *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, § 15, e tra noi: BUCCELLATI, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Milano, 1884, nº 194, p. 112: " Il diritto penale è necessariamente *sanzionatorio*, presuppone cioè la determinazione di diritto „: MECACCI, *Trattato di diritto penale*, vol. I, Torino, 1901, p. 221. Tra gli scrittori francesi moderni vedasi: DURCKEIM, *De la division du travail social* (2ª ed.), pp. 78 e 79: " A la différence des autres branches du droit à sanctions restitutives qui déterminent d'une part les droits et les obligations et d'autre part les diverses sanctions qui y sont attachés, le droit pénal n'édicte que des sanctions, mais il ne dit rien des obligations auxquelles elles se rapportent: il ne commande pas de respecter la vie d'autrui, mais de frapper de mort l'assassin; il ne dit pas tout d'abord, comme fait le droit civil: voici le devoir, mais, tout de suite: voici la peine. Sans doute, si l'action est punie, c'est qu'elle est contraire à une règle obligatoire; mais cette règle n'est pas expressément formulée „. Anche fra gli oppositori della " teoria delle Norme „ si trova però chi sostiene il carattere puramente sanzionatorio del diritto penale: v. ad esempio: LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1900, § 13, p. 57, *sub* V (e per la sua confutazione più oltre nº 47).

(60) Gioverà anzitutto ricordare la critica del CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale* Parte generale, Lucca, 1871, *Prolegomeni*, pp. 22-23: " Errava anche in questa parte ROUSSEAU, quando, con una delle sue brillanti frasi, diceva che il giure penale non era una legge di per sè stante, ma la sanzione di tutte le altre. Con cotesta formula riducesi l'ufficio del diritto criminale alla mera punizione, senza tener conto della proibizione che ne è pure parte integrante; si getta il giure penale in balìa dell'indefinito e si rende impossibile costruirlo a forma di vera scienza, e unificarne il principio moderatore „. Nella più recente dottrina italiana, vedansi: CIVOLI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 1900, nº 484, pp. 1300-1301: IMPALLOMENI, *Fondamento scientifico del diritto penale*, negli *Studi* in onore del CARRARA, Lucca, 1899, p. 471; *Funzione sociale del diritto punitivo*, Roma, 1905, p. 23: " L'equivoco al quale noi accenniamo e che è diffuso, è questo, che il diritto punitivo, nel suo ministero di difesa giuridica sia un diritto puramente sanzionatorio di diritti prestabiliti. Ciò difatti non è intieramente vero: vi sono dei diritti individuali che

guenze, perchè, una volta ammessa, essa conduce logicamente alla distruzione del diritto penale come ramo del diritto a sè, distinto dagli altri, riducendolo ad essere nulla più che una sanzione di tutte le norme giuridiche che penali non sono, nulla più che una determinazione delle conseguenze giuridiche penali nascenti dalla violazione di tutte le altre norme giuridiche, pubbliche e private (61).

---

solo il diritto penale dichiara e sanziona ad un tempo, quali il diritto alla vita, all'integrità corporale, all'onore; vi sono delle esigenze di moralità e di tutela dell'inesperienza dei minorenni che nelle leggi penali trovano soltanto la loro espressione giuridica; vi son dei doveri di cooperazione che soltanto queste leggi inculcano, quali l'assistenza dei cittadini nei casi di calamità o di infortunio pubblico; e persino alcuni doveri di gentilezza umana, come il divieto di maltrattamento di animali „: e così pure: MANZINI, *La concezione giuridico-positiva del diritto penale* (estratto dalla " Rivista Penale „, vol. LXV, fascicolo IV), Torino, 1907, p. 2, nota 1 (cfr. anche: *Trattato di diritto penale*, vol. I, Torino, 1908, nº 42, p. 46, nota 3; v. anche p. 47): " Inesattamente da molti si considera il diritto penale, più che un proprio e distinto sistema di norme, come la sanzione di tutte le leggi. Ma fu giustamente osservato che vi sono interessi individuali e sociali che soltanto il diritto penale riconosce e sanziona. Così, per esempio, in rapporto ai beni della vita, dell'integrità corporale, dell'onore; e così pure riguardo agli interessi sociali che impongono in qualche caso doveri di cooperazione, che esigono il rispetto della religione dei morti e di altri sentimenti etici, come nel divieto di crudeltà contro gli animali „. — Cfr. pure la critica da me anteriormente fatta al BINDING nel mio lavoro: *Sul concetto del diritto subiettivo di punire*. Estratto dagli *Studi* in onore di V. SCIALOJA, Prato, 1904, p. 20, nota 2 (tradotto ora in francese col titolo: *De la notion de droit subjectif de punir*, per opera dei signori THOT e VENDIER, Extrait du " Journal du Ministère Public „, Paris, 1907, p. 15, nota 36), e prima ancora le osservazioni in *Riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, Napoli, 1906, p. 98, nota 2 (nella 1ª ed., Torino, 1902, p. 78, nota 1). Contrari al carattere puramente *sanzionatorio* del diritto penale si sono manifestati in Germania: WACH, Recensione al libro di BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretung*, nel " Gerichtssaal „, 1873, pag. 440; MERKEL, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889, § 1, *sub* 3, p. 2; HOLD VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, Bd. I. *Der Begriff der Rechtswidrigkeit*, Jena, 1903, § 26, pp. 333-334.

(61) Medesimamente osserva il CIVOLI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 1900, nº 484, p. 1300: " Questa dottrina dovrebbe logicamente condurre alla negazione del diritto penale, riducendolo ad essere una sanzione di tutte le leggi, che penali non sono, e sebbene non conti oggidì gran numero di fautori espliciti, siccome ha il vantaggio di essere molto comoda, viene pur troppo di fatto assai largamente applicata „.

17. Ma, a parte le conseguenze, la cui enormità già persuade a respingere la premessa, altre ragioni vi sono che inducono a combatterla per sè medesima. Non si può intanto disconoscere — e non lo disconoscono nemmeno i fautori dell'accennata dottrina (62) — che la legge penale, appunto perchè regola le conseguenze giuridiche nascenti da quei particolari fatti *illeciti* che si dicono reati, presuppone necessariamente un *precetto*, positivo o negativo, un *comando* (*iussum*) o un *divieto* (*vetitum*), una imposizione o una proibizione, la cui infrazione abbia per conseguenza l'applicazione della pena. Questo imperativo (tu devi, tu non devi) che il delinquente *viola* mediante la sua azione delittuosa, e alla cui trasgressione è ricollegata la conseguenza giuridica della pena, è quello che il BINDING intitola: " *Norma* „ (63). Essa non è certamente, per ormai

---

(62) Eccezion fatta, forse, per il ROUSSEAU. Vedi gli autori citati a nota 59.

(63) La distinzione fra " precetto „ e " sanzione „ penale è un concetto scientificamente latente nella più antica dottrina. Vi accennano gli stessi HOBBES (*De cive*, cap. XIV, § 6 e segg.) e PUFFENDORF (*Die iure naturae et gentium*, lib. VIII, cap. III) e più esplicitamente FEUERBACH ed HEINZE i quali possono considerarsi, a giusto titolo, come gli antesignani della dottrina in parola (cfr. FEUERBACH, *Betrachtungen über Dolus und Culpa* nella " Bibl. für peinl. Rechtswissenschaft „, II, parte I, pp. 207-208: " Du sollst dieses nicht wollen und thun! Dieses ist die ursprungliche Erklärung eines jeden verbietenden Gesetzes, dieses die Verbindlichkeit, welche es zunächst und unmittelbar dem Bürger auferlegt „; HEINZE, *Ueber den Einfluss des Rechtsirrthums im Strafrecht* nel " Gerichtssaal „, Bd, XIII, pp. 397-449, specialm. p. 426: " Auch im Einzelnen carachterisirt sich jede concrete Strafsatzung als eine der Nichtbeachtung eines anderen und zwar früheren Gebotes geltende Drohung „. — Ma colui a cui spetta indubbiamente il merito di aver per primo data una formulazione scientifica di questa, da lui chiamata " Normentheorie „, è proprio il BINDING (*Die Normen und ihre Uebertretung*, vol. I, Leipzig, 1890 (2ª ed.), §§ 5-20; *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, 1885, §§ 30-47, pp. 155-222). Come è noto, secondo il BINDING (vedi specialm. *Die Normen u. ihre Uebertretung*, Bd. I, p. 35 e segg.) la norma obbligatoria che il reo trasgredisce mediante la sua azione non è la legge penale con la sua sanzione puniitiva, ma è il comando o il divieto, come tale, del diritto positivo, senza riguardo alle conseguenze giuridiche (penalità) le quali, come condizione necessaria, si associano all'azione. Questo comando o questo divieto è quello che il BINDING intitola " Norma „. Essa " precede la legge penale poiche questa non fa altro che definire la trasgressione della norma con la conseguenza della pena a meno che altrimenti non la ritenga immune da punizione. Pertanto, allorchè la legge positiva pronuncia i divieti: tu non commetterai tradimento politico, tu non ruberai, queste *Norme* (ben inteso senza che espressamente lo si dichiari), costituiscono il fondamento delle

generale consenso, una norma semplicemente etica o politica, ma

---

leggi penali e la colpevole trasgressione delle norme stesse è il delitto. Non però ogni delitto è reato, perchè reato è soltanto quello che la legge penale dichiara esser tale „ (Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Bd. I, p. 45). Fra i seguaci della *Normentheorie* di Binding, sono da ricordare specialmente: Bierling, *Zur Kritik d. juristischen Grundbegriffe*. Erst. Teil, Gotha, 1877, p. 146 e segg.; *Juristische Principienlehre*, 1894-1905, Bd. I (Freiburg, 1894), §§ 4-9; Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878, § 1, p. 1 e segg.; § 6, p. 19 e segg.; Schuppe, *Der Begriff des subjektiven Rechts*, Breslau, 1887, p. 21; von Rohland, *Das internationale Strafrecht*, Bd. I, Leipzig, 1877, p. 50 e segg.; Oppenheim, *Die Rechtsbeugungsverbrechen*, Leipzig, 1886, p. 17; *Die Objekte des Verbrechens*, Basel, 1894, § 7; Otker, *Der Einfluss des Rechtsirrthums*, Kassel, 1876; Rosin, *Das Polizeiverordnungsrecht im Preussen*, 2ª ed., Berlin, 1895, p. 16 e segg., 73 e segg.; Beling, *Grundzüge des Strafrechts*, 2ª ed., Tubingen, 1905, § 10, p. 14 e segg.; *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, § 15; Finger, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Bd. I, Berlin, 1904, § 18, p. 96 e segg.; Janka, *Das österreichische Strafrecht*, Wien, 1902, § 16, p. 29 e segg. La letteratura tedesca anche recente è stata completamente raccolta da Kitzinger, *Die Lehre v. d. Rechtswidrigkeit im Strafrecht* nel „ Gerichtssaal „, Bd. LV, 1898, p. 23, n. 2, a cui rimandiamo. Posteriormente ancora: Höpfner, nella „ Zeitschrift f. die gesammte Strafrechtswissenschaft „, Bd. XXIII, p. 643; M. E. Mayer, *Rechtsnormen und Kulturnormen* nelle „ Abhandlungen „ di Beling, Heft, 50, 1903, p. 130; Kohlrausch, *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*, Berlin, 1903, p. 45. In Italia, vedi: Lucchini, nella „ Rivista Penale „, serie 3ª; „ Bollettino Bibliografico „, nº 256, p. 101; Buccellati, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Milano, 1884, nº 194, p. 113; Civoli, *Lezioni di diritto penale*, parte Iª, Torino, 1895, p. 9 e segg.; *Manuale di diritto penale*, Milano, 1900, nº 90, p. 262; Cammeo, *La manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*; nel *Trattato di diritto amministrativo* dell'Orlando, Milano, 1901, vol. III (1898), p. 141 e segg.; *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, Vallardi (in corso di pubblicazione), nº 24, p. 58; Del Vecchio, *Il concetto del diritto*, Bologna, 1906, p. 127, n. 2. Contrari alla teoria delle „ Norme „ di Binding si sono dichiarati invece: Liszt, *Rechtsgut und Handlungsbegriff im Binding'schen Handbuch* nella „ Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft „, Bd. VI, p. 663; *Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht*, nelle cit. „ Zeitschrift „, Bd. VIII, p. 134; *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, § 13, p. 34, n. 2; Lasson, *System der Rechtsphilosophie*, Berlin, 1882, p. 587; Geyer, nella „ Kritische Vierteljahreschrift „, Bd. XIX, 1877, pp. 402 e segg., 430 e segg., e anche *La scienza penale tedesca nel biennio 1877-1878*, nella „ Rivista Penale „, XI, p. 272; Wach, nella sua recensione alle Norme del Binding, nel „ Gerichtssaal „, 1873, p. 432 e segg.; Laband, *Das Staatrecht des deutschen Reichs*, 2ª ed., I, p. 452; von Bar, nella „ Kritische Vierteljahreschrift „, 1873, p. 560 e segg.; *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, Bd. I (*Das Strafgesetz*) Berlin, 1906, p. 22; Merkel, *Abhandlungen a. d. Strafrecht*, Leipzig, 1867, I,

una vera e propria norma " giuridica „ (64). Ma che norma giuridica è? Qui è tutta la questione. È — come vorrebbe il Binding — " un puro imperativo, non motivato, nè particolarmente sanzionato mediante una minaccia penale „ (65), una norma giuridica primaria, autonoma e indipendente dalla legge penale, chiamata soltanto a regolare le conseguenze della sua violazione? (66) O non è essa piuttosto, come sembra ritenere il Wach, insieme alla sanzione penale che ne garantisce l'osservanza, parte costitutiva della legge penale e massima, anch'essa, di diritto penale? (67). E, nella prima ipotesi, questi imperativi, che le leggi penali presuppongono, pur rimanendo da essi distinte ed indipendenti, son forse, come afferma

---

p. 38; *Juristische Encyclopädie*, 3ª ed., Berlin, 1904, p. 31; *Lehrbuch d. deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889, § 6, p. 15 e 16; *Elemente der Allgemeine Rechtslehre*, 5ª ed., 1890, della *Holtzendorff's Encyclopädie*, § 5; Meyer (H.) nel " Gerichtssaal „, 1881, p. 118 e seg.; *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1895, § 4; Heinemann, *Die Bindingsche Schuldlehre*, Freiburg. 1889; Lammasch nella " Kritische Vierteljahreschrift „, Bd. XXXII, p. 544; e nel " Gerichtssaal „, Bd. XLIV, 1890, p. 158; Hold von Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, Bd. I, p. 179 e segg. — Fra noi vedi: Filomusi-Guelfi, *Enciclopedia giuridica*, p. 570, n. 5; Messina, *L'interpretazione dei contratti*, Macerata, 1906, fasc. I, p. 52, n. 3. È da osservare, però, che anche gli oppugnatori della teoria delle norme ammettono che dalla minaccia della pena risulti con logica necessità il divieto di commettere l'azione a cui la conseguenza giuridica penale è ricollegata: vedi, ad esempio: Lammasch, nel " Gerichtssaal „, Bd. 44, p. 170, " chi dice ad un altro: se tu fai ciò, io ti uccido, esprime un divieto che dichiara l'azione come assolutamente impossibile „ (dal punto di vista del diritto); Merkel, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, § 1, p. 2: " Quando si reprimono con pena certe determinate azioni, si dichiarano le stesse in modo concludente per vietate. Nella massima: le ingiurie sono punite, è logicamente contenuta l'altra: non si devono commettere ingiurie „; e così pure Liszt, nella " Zeitschrift „, VI, p. 663 e VIII, p. 134 e nel *Lehrbuch d. deutsch. Strafrechts*, 10ª ed., § 13.

(64) Contro il carattere giuridico delle norme presupposte dalle sanzioni penali vedi però: Lasson, *System der Rechtsphilosophie*, Berlin, 1882, p. 637 e Geyer nella " Kritische Vierteljahreschrift „, XIX, 1877, p. 402, il quale ritiene che le norme in questione non siano tutte norme giuridiche ma per gran parte norme etiche di diversa specie. Così pure: Loos nel " Gerichtssaal „, Bd. XXXVI, p. 402; Laband, *Staatsrecht*, I, p. 437.

(65) Binding, *Handbuch des deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1885, Bd. I, § 30, p. 164.

(66) Binding, *Handbuch*, I, § 30, pp. 160, 161-164; § 35, p. 175, § 37 p. 183.

(67) Wach, *Recensione* al Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, nel " Gerichtssaal „, 1873, p. 436.

il Binding, norme giuridiche speciali, diverse dalle norme del diritto privato e del diritto pubblico, e costituenti una parte autonoma, codificata o no, del diritto pubblico stesso (68); ovvero, come dice il Beling, essi altro non sono se non le norme medesime del diritto privato o pubblico, in quanto regolano imperativamente la condotta umana? (69).

18. *a*) Per noi non è anzitutto da porre in dubbio che " *precetto giuridico* „ e " *sanzione giuridica* „ siano elementi essenziali ed indissolubili della legge penale, come di ogni altra legge (70). In realtà norme giuridiche che consistano in puri e semplici imperativi, in meri comandi o divieti, non motivati, nè in qualsiasi modo sanzionati, non ve ne sono (71). Una norma giuridica, priva di sanzione, è una *contradictio in adjecto*, perchè è appunto mediante la sanzione che una manifestazione di volontà, per sè priva di forza obbligante, diventa una norma giuridica obbligatoria. Solo mediante la *sanctio legis* il *preceptum legis* si trasforma in *imperativo*, in comando o in divieto, e, come tale, si impone alla volontà dei sudditi (72). La teoria critica della conoscenza dimostra che il diritto, come forza obiettiva, non fa che porre *motivi* alla *volontà* dei sudditi disposti ad agire contro i suoi precetti. Questi *motivi*, nella concezione *deterministica* del volere, risultano imporsi

---

(68) Binding, *Handbuch*, I, § 30, p. 164.

(69) Beling, *Grundzüge des Strafrechts*, 3ª ed., Tübingen, 1905, § 10, p. 15, n. III.

(70) Cfr. in proposito: Cammeo, *La manifestazione della volontà dello Stato* nel *Trattato* di Orlando, vol. III (1898), p. 14 e segg.

(71) Cfr. nello stesso senso v. Jhering, *Zweck im Recht*, I, p. 337, 2ª ed. p. 350: " Non si da, per contro, alcun imperativo di legge il quale sia diretto soltanto alle persone private e non anche ai tribunali...; questo è il criterio assoluto di ogni vera massima di diritto: che sotto di essa, in ultima analisi, sta sempre un tribunale, il quale la fa osservare mediante la forza, quando ciò sia necessario „. Non è però neanche esatta la concezione del Mayer (Max Ernst) per cui destinatario della norma giuridica sarebbe sempre e soltanto il giudice, mai il cittadino (cfr. *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Tübingen, 1903, specialmente p. 9 e segg., e 35 e segg.).

(72) Cfr. Hold von Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, Bd. I, § 14, p. 182 e § 8, p. 79. Vedi anche: Schütze, nella " Grunhut's Zeitschrift für Privat und öffentliches Recht der Gegerwart „, Bd. V, p. 388.

necessariamente ai subietti (73), e in tanto valgono a tutelare gli interessi e i beni della vita, in quanto allontanano in tal modo da essi le azioni o omissioni volontarie dannose o pericolose. La *necessità psicologica*, in cui la *volontà* si trova, di *determinarsi* secondo un *motivo* posto dal diritto, è appunto l'*obbligo giuridico* (74). Concepire la norma giuridica come un imperativo, e in genere l'ordinamento giuridico come un complesso di imperativi (75), altro dunque non vuol dire se non che essi operano come una forza che impone motivi, e quindi obblighi, alla volontà umana. Ma il puro immotivato imperativo, indipendente dalla sanzione, non può, *per sè solo*, agire come un *motivo* determinante la *volontà* umana, esercitare quella *coazione psico-sociale*, creare quella *necessità psicologica* in cui l'obbligo giuridico consiste (76). Questa necessità non può essere, invece, se non l'effetto proprio ed esclusivo della *sanzione*, la quale consiste *almeno* nella semplice posizione della coa-

(73) Sulla posizione del diritto rispetto al problema della libertà del volere, vedi specialmente HOLD VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, I, p. 31 e segg., il quale ha ben rilevato l'importanza e l'imprescindibilità della concezione deterministica del volere per l'intero campo del diritto e tanto più per il diritto penale. Vedi anche: LIEPMANN, *Einleitung in das Strafrecht. Eine Kritik der Kriminalistischen Grundbegriffe*, Berlin, Häring, 1900, p. 90 e segg., 103 e segg.; ALIMENA, *Imputabilità e causalità*, Discorso, Modena, 1904, specialm. p. 14 e seguenti.

(74) HOLD VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, I, § 8, p. 94, dichiara giustamente che il concetto dell'*obbligo* è il punto centrale del sistema giuridico (*Der Pflichtbegriff ist der Mittelpunkt des Rechtssystems*). E così precisa (p. 80) il concetto dell'obbligo. " L'obbligo è perciò obiettivamente considerato una coazione psico sociale ". Sul concetto di obbligo vedi anche: SIMMEL, *Einleitung in die Moralwissenschaft*, Stuttgart, 1904 (2ª ed.), Bd. I, p. 1 e segg.

(75) Così la dominante dottrina: THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht* cit., p. 7 e segg.; BIERLING, *Juristische Principienlehre* cit., Bd. II, 1898, p. 27 e segg.; MERKEL, *Elemente d. allgemeine Rechtslehre* cit. p. 8 e segg.; BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, I, Leipzig, 1892, p. 94; BRODMANN, *Vom Stoffe des Rechtes und seiner Structur*, Berlin, 1897, p. 16; HOLD VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, I, p. 98 e segg. Fra i nostri: VANNI, *Lezioni di filosofia del diritto*, Bologna, 1904, p. 69 e segg.; FILOMUSI-GUELFI, *Enciclopedia Giuridica*, p. 11 e segg., 29 e segg.

(76) Così anche HOLD VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, I, § 8, p. 80, completa il suo concetto dell'obbligo come coazione psico-sociale: " Pflicht ist also socialpsychischer Zwang durch Drohung ". E altrove (§ 13, p. 164) ripete: " Nur die Drohung schaft eine Pflicht ".

zione fisica (77). Con ciò non si vuol dir punto che a far parte della sanzione entrino solo le conseguenze giuridiche specifiche, perchè accanto ad esse stanno invece altresì conseguenze tratte dal campo delle forze etiche e la reazione della coscienza giuridica e le sanzioni di puro fatto, le quali tutte nel loro insieme concorrono ad esercitare una pressione psico-sociale sulla volontà umana, inducendola a conformarsi all'imperativo giuridico (78). Tanto meno vuol dirsi che per adempiere alla sua funzione determinante la volontà necessiti sempre alla norma giuridica l'uso effettivo di una reazione fisica contro la sua violazione (79). Ciò che si vuol dire è soltanto questo: che il puro immotivato imperativo, senza la *possibilità giuridica* di una reazione fisica, non può per sè solo porre motivi alla volontà; e che appunto nella possibilità e necessità giuridica (diritto e obbligo) dell'uso della coazione fisica, cioè nella *minaccia*, sta il concetto della *sanzione* (80). Senza di essa, non si può dunque parlare di norma giuridica e di obbligo giuridico. La contraria opinione, la quale stacca il precetto dalla sanzione (81), si fonda sullo scambio fra la *coazione psico-sociale* (forza psichica) e la *coazione meccanica* (forza fisica, reazione fisica) proprie della norma giuridica. Soltanto la coazione psichica, non la coazione meccanica, è essenziale ed immanente alla norma giuridica; mentre della coazione fisica non è necessario l'*uso effettivo*, ma basta, invece, la *possibilità dell'uso* (82). E che la coazione fisica puramente potenziale, cioè

---

(77) Cfr. Hold von Ferneck, *Die Rectshwidrigkeit*, I, § 13, p. 164 e segg.

(78) Cfr. Hold von Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, I, § 13, p. 171 e segg.

(79) Cfr. Hold von Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, I, § 8, p. 82 e segg.

(80) Bene afferma Hold von Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, I, § 13, p. 164. " Concettualmente la sanzione non può essere che una minaccia o una promessa ".

(81) Così Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Bd. I, p. 7 e segg., 101 e segg. e i suoi seguaci. Contro: Filomusi-Guelfi, *Enciclopedia*, p. 570, nota 3.

(82) Così Vanni, *Lezioni di filosofia del diritto*, p. 76 e segg.; Filomusi, *Enciclopedia*, p. 24 e segg.; Del Vecchio, *Il concetto del diritto*, Bologna, 1906; Donati, *L'elemento formale nella nozione del diritto*, Estratto dalla " Giurisprudenza italiana ", vol. LIX, Torino, 1907, p. 57 e segg.; Hold von Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, I, p. 82 e segg., 164 e segg. Ciò non toglie che sia vero quanto dice lo Jhering, *Der Zweck im Recht*, p. 250, cioè che: " Una massima giuridica, senza coazione giuridica, è una contradizione in termini: un fuoco

la semplice possibilità giuridica della reazione fisica sia necessaria e sufficiente alla norma, è dimostrato appunto da ciò che, mentre, senza di essa, non potrebbe la norma esercitare la sua funzione determinante la volontà umana, con essa, d'altronde, già si attua la coazione psico-sociale e quindi la funzione preventiva del diritto, senza che sia immancabilmente necessario, a tal uopo, l'uso effettivo della coazione fisica (83). Ora la coazione fisica, *in potenza*, non è che la *minaccia*, cioè la *sanzione*; la coazione fisica *in atto* è invece l'*esecuzione della minaccia*, cioè l'*applicazione della sanzione* (84). Il *precetto* non è, dunque, e in ogni caso mai, indipendente dalla *sanzione*, ma, *se mai*, dalla *effettiva applicazione* della medesima. La quale non è punto indispensabile alla realizzazione della sanzione, ben potendo la minaccia, in cui la sanzione consiste, realizzarsi naturalmente, senza bisogno di esecuzione alcuna, e cioè raggiungendo naturalmente il suo scopo, che è quello appunto di prevenire, mediante la coazione psicologica, la violazione del precetto giuridico. Del resto neppure è vero che il precetto giuridico, alla cui osservanza sta la sanzione, sia dall'applicazione di questi così indipendente, come si vorrebbe far credere. Certo, mentre la sanzione presuppone soltanto la violazione *possibile* del precetto, l'applicazione della sanzione presuppone la violazione *effettiva* del precetto medesimo e non può quindi aver lo scopo di costringere psicologicamente all'osservanza di esso *colui che già lo ha violato*. Ma può, sì, costringere a questa osservanza *coloro*

---

che non brucia, una luce che non illumina „. Solo è da aggiungere: 1°) che alla singola norma è soltanto essenziale la coazione psichica non quella fisica, mentre al diritto obiettivo, nel suo complesso, è necessaria anche quella meccanica (Hold von Ferneck, *op. cit.*, p. 87); 2°) che la coazione meccanica basta che esista *in potenza* e non è necessario che esista *in atto*.

(83) Osserva bene Hold von Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, I, § 8, p. 83: " che gl'interessi in prima linea non sono tutelati dal verificarsi delle conseguenze giuridiche della violazione degli obblighi giuridici, ma da ciò che non si agisca contrariamente a questi obblighi „. E altrove (§ 11, p. 116): " La tutela dell'interesse sta nella forza preventiva del diritto „.

(84) " La conseguenza giuridica — dice ottimamente Hold von Ferneck — consiste appunto in ciò che la minaccia viene posta in esecuzione „ (*Die Rechtswidrigkeit*, I, p. 85). E altrove (*op. cit.*, § 11, p. 117): " La conseguenza giuridica del torto, come tale, è essenzialmente esecuzione della minaccia sia essa conseguenza giuridica civile, sia pure conseguenza giuridica penale „.

che non l'hanno peranco violato, mercè l'esempio che da questa applicazione deriva. Non solo dunque la semplice posizione della coazione fisica, cioè la minaccia, vale ad attuare la coazione psicologica necessaria alla norma; ma anche l'uso effettivo della coazione fisica, cioè l'esecuzione della minaccia, in quanto appunto essa ribadisce e rafforza la coazione psichica non di fronte a colui che subisce la reazione fisica, ma di fronte ai terzi che direttamente non la subiscono. Ed è naturale che sia così, giacchè l'esecuzione della minaccia non è che la logica necessaria conseguenza della minaccia, senza la quale la minaccia stessa perderebbe la sua ragione di essere e diventerebbe un *telum imbelle sine ictu* (85).

Al precetto è dunque necessaria la *minaccia*, cioè la *sanzione*, per impedire le possibili violazioni di esso; alla minaccia, cioè alla sanzione, resa vana dall'avvenuta violazione del precetto, è necessaria l'esecuzione della minaccia, cioè l'applicazione della sanzione, per impedire le ulteriori violazioni del precetto medesimo; si può dunque concludere che al precetto è necessaria anche l'applicazione effettiva della sanzione. Più precisamente: al precetto non violato, ma violabile, è necessaria la sanzione, perchè non sia violato; al precetto già violato, ma sempre violabile, è necessaria l'applicazione della sanzione, per impedire le ulteriori possibili violazioni di esso.

I termini del sillogismo posto innanzi: nessun imperativo giuridico, senza coazione psicologica: nessuna coazione psicologica, senza possibilità di coazione fisica (minaccia, sanzione), ci hanno dato per conclusione l'unità e l'indissolubilità del " precetto „ dalla " sanzione „. Ma se *precetto* e *sanzione* sono termini correlativi ed indissolubili: se soltanto dalla loro unità risulta il concetto completo della norma giuridica, è assurdo concepire, col Binding, una *norma-precetto* distinta da una *norma-sanzione*; ed è in particolar modo assurdo il distaccare l'*imperativo giuridico*, la cui osservanza è raccomandata appunto alla *sanzione penale*, dalla *legge penale* medesima, riducendo questa ad essere nulla più che una determinazione delle conseguenze giuridiche penali nascenti dalla violazione

(85) Vedi anche: Hold von Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, Bd. I, § 13, p. 167.

di un imperativo giuridico giacente fuori di essa (86). Senza dubbio la sanzione penale, come ogni altra sanzione, si risolve anch'essa in un *comando*, anzi in un doppio comando: comando agli organi dello Stato di applicare la pena; comando al reo di subirne l'applicazione (87). Senza dubbio questi comandi tendono anch'essi, come ogni altro comando giuridico, ad esercitare una coazione psicologica su la volontà (del funzionario dello Stato o del reo), a porre ad essa *motivi* perchè si *determini*, secondo il caso, ad agire per la applicazione della sanzione penale o a subire l'attuazione specifica diretta della sanzione medesima: il diritto in ogni sua parte, ed anche in quella che regola l'uso della coazione fisica personale (pena), agendo sempre con la posizione di motivi. Senza dubbio, e appunto per ciò, questi comandi fondano anch'essi " *obblighi* „ giuridici in coloro a cui si rivolgono, e per ciò stesso " diritti soggettivi „ corrispondenti, cioè infine " rapporti giuridici „, che sono appunto le " *conseguenze giuridiche* „ *penali* (88).

---

(86) Come è noto " legge penale „ è infatti, per Binding, ogni massima giuridica per mezzo della quale da un determinato delitto nasce, o non nasce, un diritto di punire o un obbligo di punire (*Handbuch des Strafrechts*, I, § 35, p. 175).

(87) Contro, invece: Binding, *Handbuch des Strafrechts*, I, § 38, p. 191, il quale affermando che la legge penale non contiene nessun *comando*, ma semplicemente una norma *permissiva*, disconosce il principio della *general natura imperativa della norma giuridica*. Sulla riducibilità di ogni *norma permissiva* a un *comando* o a un *divieto*, vedi da ultimo: Del Vecchio, *Il concetto del diritto*, Bologna, 1906, p. 85 e segg., il quale coerentemente riconosce anch'egli (p. 78): che " le leggi penali contengono pure un comando in quanto che impongono di applicare e rispettivamente di subire la pena „. E cita in proposito le parole del Marcadé, *Spiegazione teorica del Codice Napoleone*, vol. I, Napoli, 1871, p. 31: " *Imperare* abbraccia *punire*: imperocchè la legge non punisce nè infligge affatto la pena, ma *comanda* di infliggerla „. Così pure: Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878, p. 2, nota 8: " Denn das punire bezeichnet nur den Zweck gewisser Rechtssätze, nicht ihren Inhalt, abgesehen davon, dass die Bestrafung doch bereits eine Normwidrigkeit, mithin ein vorausgegangenes Gebot oder Verbot voraussetzt „.

(88) Cfr. il mio lavoro: *Sul concetto del diritto subiettivo di punire*, nei volumi in onore di Scialoja, vol. I, Prato, 1904, *passim*, specialmente p. 20 dell'estratto. Che ogni " conseguenza giuridica „ (di un fatto illecito o lecito) consista appunto in un diritto soggettivo e in un correlativo dovere giuridico, cioè, in un " rapporto giuridico „ è bene dimostrato da Merkel, *Elemente d. allgemeine Rechtslehre*, § 22 e segg.; *Juristische Encyclopädie*, § 206 e segg.; e da Bierling, *Zur Kritik d. juristischen Grundbegriffe*, Bd. II, p. 256.

Ma non perciò si può concluderne che tali comandi siano norme giuridiche distinte e indipendenti dagli imperativi di cui vogliono assicurare l'osservanza, mentre gli uni e gli altri sono, invece, parti costitutive ed inseparabili di una stessa e sola norma giuridica, cioè: la legge penale (89). Nella legge penale noi possiamo anche, per comodità scientifica, sciogliere concettualmente il puro *precetto* (es.: tu non devi rubare) dalla pura *sanzione* (chi ruba deve esser punito, ecc.) e chiamar quello, se così piace, una prescrizione giuridica *primaria* o *principale*, e questa, una prescrizione giuridica *secondaria o accessoria* (90). Ma ciò non toglie che, nella realtà, esse siano, non due norme giuridiche, l'una distinta e indipendente dall'altra, ma una norma giuridica sola. Una norma giuridica, che mentre da un lato vieta o comanda una determinata azione o omissione, dall'altro determina se e quali conseguenze giuridiche penali debbono tener dietro a questa azione o omissione, nell'ipotesi che, mediante essa, il comando o il divieto venga effettivamente violato. Questa norma giuridica è unica, e ben si comprende il perchè.

---

(89) Dice bene perciò il Wach, *Recensione alle Normen* di Binding nel "Gerichtssaal", 1876, p. 456: "...ganz unwesentlich scheint es mir dass die Norm als besonderer, ein eignes Leben führender Rechtssatz nachgewiesen werde". Negano ogni autonomia (di fronte alla legge penale) ai divieti presupposti dalle sanzioni penali e li considerano come parti costitutive delle leggi penali regolanti ad un tempo le conseguenze giuridiche della loro violazione; oltre il Wach, anche: Hefter, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, 1833, (6ª Aufl., Braunschweig, 1857); von Waechter, *Beilagen zu Vorlesungen über das deutsche Strafrecht*, Leipzig, 1881, p. 72; Meyer, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* nella 3ª edizione (Erlangen, 1882), p. 88; Laband, *Staatsrecht*, Bd. I, p. 437; Hälschner, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, Bonn, 1881, Bd. I, pp. 86-87, e Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* nella 2ª ed., Berlin, 1884, § 16 (nelle edizioni successive il suo pensiero in proposito rimane dubbio al lettore).

(90) Si osservi, d'altronde, che l'antitesi fra queste due specie di prescrizioni giuridiche non è così assoluta come alcuni sostengono. I comandi o i divieti secondari possono alla loro volta ricevere nuove sanzioni dirimpetto alle quali essi appaiono come determinazioni giuridiche primarie. Vedine esempi in Merkel, *Juristische Encyclopädie*, § 54, p. 31 nota e *Elemente d. allgemeine Rechtslehre*, § 5. Osserva poi bene lo stesso Merkel (*Juristische Encyclopädie*, § 54, p. 31 nota) essere inesatto chiamare *Norma* il comando *primario* in antitesi al *secondario* (come fa il Binding), mentre questo nome conviene indubbiamente ad ambedue le specie di prescrizioni giuridiche (anzi, secondo noi, alle une ed alle altre, in quanto si considerano insieme riunite).

Dire, infatti, che chi commetterà una data azione sarà punito con una determinata pena, equivale perfettamente a vietare quella azione sotto la minaccia di quella pena. E viceversa: vietare una determinata azione sotto minaccia di una data pena è precisamente lo stesso che affermare che chi commetterà quell'azione sarà punito con quella pena. Non solo: ma come il comando di punire chi commetterà una data azione implica il divieto di commetterla, così il divieto di commettere una determinata azione implica il comando di applicare e di subire la pena, quando una pena (e non altra sanzione) sia stabilita. Non si può comandare o vietare *simpliciter* (tu devi, tu non devi): si deve necessariamente comandare o vietare sotto una minaccia, cioè una sanzione, altrimenti il comando o il divieto non ha, come si è detto, ragione di esistere. In questo caso, poichè da un lato si suppone un divieto e dall'altro una sanzione penale, e non altra sanzione che questa, il divieto non può esser posto che sotto la sanzione penale (tu devi, tu non devi, pena ecc.) (91).

19. *b)* La dimostrata indissolubilità del precetto dalla sanzione penale porta alla conclusione che anche il precetto come la sanzione penale è parte costitutiva della legge penale, e quindi, massima di diritto penale. Il BINDING, invece, afferma che " le norme son certamente i presupposti necessari delle leggi penali, ma non loro parti costitutive: esse sono, nel loro complesso, massime autonome, non di diritto penale, ma di diritto pubblico, perchè in esse si mostra sempre il potere sovrano, come tale, imperante sui sudditi, come tali „ (92). Per lui, quindi " norme pri-

(91) In senso contrario naturalmente il BINDING, per il quale (*Handbuch des Strafrechts*, I. § 30, p. 160: v. anche: *Die Normen und ihre Uebertretung*, I. p. 24 e segg.) " la norma per sua natura non è un rinvio alle conseguenze della sua violazione: essa dice: tu non devi o tu devi: non dice invece: tu devi sotto pena „. Le ragioni su cui egli si basa (*Handbuch*, I, § 30, pp. 160-161, sub. 1, 2. 3) specialmente quella relativa al rapporto fra l'autore delle norme e i sudditi (che cioè il legislatore per ottenere l'obbedienza ai suoi precetti conta su tutt'altri motivi che quello del timore delle pene: *op. cit.*, l. c., sub. 2), anche se talvolta esatte (come quella sopra riportata), non sono concludenti, e furono da noi già implicitamente confutate nel testo.

(92) BINDING, *Handbuch d. deutsch. Strafrechts*, I, § 30. p. 164.

vate sono altrettanto impossibili quanto sono impossibili norme penali „ (93). Ma se non appartengono al diritto penale, e neppure al diritto privato, e nemmeno al diritto pubblico, nel suo proprio senso, giacchè costituiscono di fronte ad esso una parte speciale ed autonoma, che cosa son mai queste norme vaganti fuori di ogni branca del diritto positivo costituito e vigente? Ecco quanto, nella teoria del BINDING, non si riesce a capire. Nè ad affermare il carattere “ pubblico „ di queste norme giuridiche vale l'argomento che in esse sempre figura lo Stato come potere sovrano di fronte ai suoi sudditi. Tutte le norme giuridiche, e anche quelle del diritto privato, sono comandi rivolti dal potere sovrano, come tali, ai sudditi, come tali (94). Se qualcosa di speciale vi è in queste norme presupposte dalle sanzioni penali, questo è appunto in ciò che esse sono sanzionate mediante una minaccia penale e che in esse, dunque, ci appare quel particolare potere sovrano che è il *potere politico punitivo* (*Strafgewalt*). Ma ciò appunto dimostra che tali norme non appartengono, è vero, al diritto privato, ma nemmeno al diritto pubblico generale, e sono, invece, proprio al contrario di quel che dice il BINDING, vere e proprie norme di diritto penale. Del resto, così il carattere pubblico degli imperativi in questione come la affermata loro autonomia di fronte al diritto

---

(93) BINDING, *Handbuch*, I, § 30. p. 164.

(94) Ciò riconosce altrove lo stesso BINDING (*Die Normen und ihre Uebertretung*, Bd. I, § 39, p. 255), pur traendone inesattamente la conseguenza della impossibilità della distinzione fra *diritto pubblico e diritto privato*: “ Ogni comando e divieto fonda per l'obbligato un obbligo contro la comunità al quale il singolo non può effettivamente sottrarsi; ogni norma è perciò di natura giuridica pubblica, ogni violazione di norma, una violazione del diritto pubblico „. Così anche, con la medesima esagerata consequenzialità, FERRINI, *Delitti e quasi delitti* nel “ Digesto Italiano „, n° 23, p. 740: “ ... non vi hanno per se norme di diritto privato e norme di diritto pubblico: ogni norma per se è di diritto pubblico, nè muta natura pel fatto che serve a protezione di interessi privati „. Per noi, invece, se la norma serve alla protezione di un interesse privato e regola un rapporto intercorrente fra privato e privato essa è norma di diritto privato ed è norma di diritto pubblico se tutela un interesse pubblico e regola un rapporto fra Stato (come potere sovrano) e individuo. Onde l'affermazione fatta nel testo non autorizza, secondo a noi pare, a distruggere la distinzione fra diritto pubblico e diritto privato (cfr. HOLLIGER, *Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen und Privatrecht*, Züricher Diss., 1904).

penale e insieme agli altri rami del diritto privato e pubblico, si trovano sconfessati dal Binding medesimo. Per lui, infatti, questi imperativi, o " si manifestano in forma di legge „ e allora " trovano il loro posto non nelle leggi penali, ma nelle costituzioni, nel codice di commercio, negli ordinamenti marittimi, nei regolamenti processuali „ e " formano una parte integrante del diritto costituzionale, amministrativo, processuale, commerciale „ (95). O " non sono formulati legislativamente „ e allora " in quanto vengono in considerazione per il diritto penale, possono essere desunti dal contenuto stesso delle leggi penali „, le quali, " appunto perchè le loro minaccie penali riguardano soltanto azioni illecite, permettono di riconoscere quali azioni sono comandate o vietate „ (96). Nel primo caso, pertanto, gli imperativi in parola, a detta dello stesso Binding, sarebbero nient'altro che parti costitutive del diritto privato e pubblico, e non più quindi parte speciale ed autonoma di quest'ultimo. Nel secondo caso, poichè noi altro non facciamo se non " convertire, come dice il Binding, la prima parte della legge penale, la quale minaccia di pena una azione o omissione, in un diretto divieto o comando di tale azione „ (97), essi sarebbero null'altro che parti costitutive della legge penale, e neppur, quindi, norme di diritto pubblico, ma invece norme di diritto penale. In ogni caso esse non costituirebbero dunque mai norme autonome di diritto pubblico, ma a seconda che non siano, o siano invece, codificate, apparterrebbero rispettivamente al diritto penale o agli altri rami del diritto, pubblico o privato. La loro autonomia, o meno, dal diritto penale dipenderebbe così dall'essere esse collocate, oppur no, in altre leggi diverse dalla legge penale. Il che è evidentemente un assurdo.

---

(95) Binding, *Handbuch d. deutsch. Strafrechts*, I, § 30, p. 164.

(96) Binding, *Handbuch*, I, § 30, p. 159.

(97) Binding, *Handbuch*, I, § 30, p. 159, sub. III. Come è noto, per Binding (*Handbuch*, I, § 35, p. 179): " la *prima parte della legge penale* contiene il motivo della minaccia penale, il presupposto per la nascita dell'obbligo di punire o del diritto di punire. Esso ha una immutabile essenza, che non può mancare, ma in cui tuttavia esso non si esaurisce: vale a dire l'indicazione della azione illecita, la quale deve esser punita, la posizione del concetto del reato o del contenuto del reato stesso „.

20. *c)* Ma se non norme autonome di diritto pubblico, questi imperativi la cui violazione dà luogo alla applicazione delle sanzioni penali, son, forse, come afferma il Beling, le norme stesse del diritto privato (civile, commerciale) e pubblico (costituzionale, amministrativo processuale, ecc.) in quanto regolano imperativamente la condotta umana? (98). No, di certo: e noi lo abbiamo implicitamente escluso, affermando la loro qualità di norme di diritto penale. E che gli imperativi penali non si identifichino affatto con le norme proprie agli altri rami del diritto, pubblico e privato, risulta evidente da ciò: *che mentre da un lato esistono fatti illeciti i quali dànno luogo a pure conseguenze di diritto privato, o a pure conseguenze di diritto pubblico, o insieme a conseguenze di diritto privato e pubblico, che pene non sono* (99), *si dànno, per contro, fatti*

---

(98) Beling, *Grundzüge des Strafrechts*, 3ª ed., Tübingen, 1905, § 10; *Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, §§ 15-17. Giova riferire per esteso il suo pensiero, quale viene dall'autore riassunto nei citati *Grundzüge*, § 10, pp. 14-15: " I. Le massime del diritto penale — dic'egli — (leggi penali in ampio senso) si caratterizzano per ciò che esse determinano se (e eventualmente come) debba, oppur no, farsi luogo a una pena....... II. Il diritto penale, in quanto autorizza la punizione, dice soltanto: " chi illecitamente svolge questa o quella condotta vien punito così e così ". Esso in tal modo presuppone concettualmente la *illiceità* dell'azione da punirsi così che, prima ancora che le massime di diritto penale vengano in considerazione e senza riguardo ad esse, la questione della illiceità, deve esser risolta alla stregua di altre massime giuridiche. Queste massime giuridiche, alla cui stregua si può decidere se un'azione rappresenti un torto giuridico, possono essere soltanto degli imperativi (tu devi, tu non devi), dei comandi o dei divieti. Questi imperativi Binding ha chiamato " Norme ". La loro violazione, la contrarietà alle norme, è quella che viene in questione nel diritto penale....... III. Queste norme debbono, secondo Binding, formare una parte speciale del diritto pubblico, diversa dalle massime del diritto civile, amministrativo, ecc. Per contro è da osservare che le norme non sono punto massime speciali di diritto, ma che le regole giuridiche dello stesso diritto civile, amministrativo, ecc. in tanto sono norme in quanto esse regolano imperativamente la condotta umana. Perciò si tratta nel diritto penale della *normalità* o *anormalità* dell'azione puramente nel senso di vedere se l'azione urti contro l'ordine giuridico nel suo complesso. Non alla singola norma, ma all'ordinamento giuridico, complessivamente considerato, è da confrontare l'azione umana. IV. L'illiceità importante al diritto penale non è perciò alcuna speciale " illiceità di diritto penale " ma " la illiceità " pura e semplice ".

(99) Esempio tipico di fatti appartenenti a questa categoria sono i così detti *delitti puramente civili*, cioè i fatti illeciti soltanto dal punto di vista delle

illeciti produttivi di sole conseguenze giuridiche penali, e non di altre conseguenze giuridiche (100). Dico che da ciò risulta evidente la niuna identità di quelle norme, e mi spiego. Ogni azione o omissione illecita, appunto perchè illecita, presuppone necessariamente una norma, un comando o un divieto, di cui essa è la violazione. Così pure ogni conseguenza giuridica di un fatto illecito, presuppone necessariamente una sanzione giuridica, di cui la conseguenza giuridica è appunto l'applicazione. E poichè la conseguenza giuridica non può essere staccata dal fatto illecito, essendo quella l'effetto e questo la causa, così il comando o il divieto, presupposto dal fatto illecito, non può essere staccato dalla sanzione, presupposta dalla conseguenza giuridica. Ogni conseguenza giuridica di un fatto illecito suppone pertanto una sanzione giuridica, e insieme un precetto giuridico, cioè un comando o un divieto, l'uno all'altro inscindibilmente legati. E poichè ogni conseguenza giuridica di un fatto illecito non è che l'applicazione di una sanzione, è chiaro che la conseguenza giuridica di un fatto illecito avrà carattere privato o pubblico in generale o carattere penale, a seconda che la sanzione, di cui essa è l'applicazione, sarà una sanzione giuridica privata o pubblica o invece, più particolarmente, penale. Ma se così è, l'esistenza di fatti illeciti produttivi di semplici conseguenze giuridiche private o pubbliche, diverse dalle pene, dinota evidentemente l'esistenza di norme giuridiche alla cui osser-

---

norme del diritto privato come: l'inadempimento (doloso o colposo) di una obbligazione contrattuale (art. 1225 e segg., cod. civ.); la *fraus creditorum* (art. 1218, 1235 cod. civ.), la lite temeraria (art. 370 c. p. c.), la seduzione, la concorrenza sleale ecc. (Cfr. Liszt, *Lehrbuch*, § 44; Brugi(?), *Il delitto civile*, Firenze, 1906, § 227 e segg., p. 494 e segg.).

(100) Ciò avviene ogniqualvolta un reato non presenti ad un tempo gli elementi costitutivi di un *delitto o quasi delitto civile*. Così i delitti che importano soltanto la minaccia e non anche la lesione effettiva di un bene giuridico (delitti di pericolo, o di danno potenziale, c. d., delitti formali) producono solo conseguenze giuridiche penali e non anche civili appunto per la mancanza dell'elemento del danno, richiesto dagli art. 1151 e segg. del cod. civile per l'esistenza del delitto o quasi delitto civile. Anche quando un danno esiste, ma non è un danno patrimoniale, bensì soltanto morale (come nell'ingiuria), *può* il legislatore prescindere dall'obbligo del risarcimento e minacciare solo una pena, se un tal danno pare a lui non idoneo ad essere compensato mediante un risarcimento pecuniario.

vanza stanno esclusivamente sanzioni, di diritto privato o pubblico, che non sono penali; e, viceversa, l'esistenza di fatti illeciti produttivi di sole conseguenze giuridiche penali, implica l'esistenza di norme giuridiche, esclusivamente garantite mediante sanzioni penali. Ora le norme garantite esclusivamente mediante sanzioni di diritto privato o di diritto pubblico non aventi carattere penale, che altro possono essere, se non appunto norme giuridiche appartenenti rispettivamente al diritto privato o al pubblico? E qual altro carattere possono avere le norme esclusivamente garantite mediante sanzioni penali, se non appunto quello di norme di diritto penale? Se, come si disse, il *preceptum legis* si trasforma in imperativo, in comando o divieto, e diviene una norma giuridica solo in quanto alla sua osservanza sia posta la *sanctio legis*; è evidente che, in tanto le norme esclusivamente garantite mediante sanzioni giuridiche diverse dalle pene possono dirsi norme giuridiche, in quanto si connettano ad altri rami del diritto, diversi dal diritto penale. E, per converso, in tanto i precetti esclusivamente sanzionati mediante minaccia di pena posson chiamarsi giuridici, in quanto si considerino come norme proprie del diritto penale. Esistono, dunque, norme giuridiche, cioè comandi o divieti, e quindi, obblighi giuridici esclusivamente proprî degli altri rami del diritto, pubblico e privato, perchè da essi esclusivamente imposti mediante le loro speciali sanzioni; come esistono norme giuridiche, cioè comandi o divieti, e quindi obblighi giuridici, esclusivamente propri del diritto penale, perchè da esso esclusivamente imposti mediante le sue proprie e particolari sanzioni. Di qui una numerosa serie di azioni o omissioni che appaiono comandate o vietate, una numerosa serie di interessi che appaiono tutelati soltanto nell'àmbito proprio di altri rami del diritto, e non in quello del diritto penale (101), o soltanto nell'àmbito proprio del diritto penale, e non già in quello di altri rami del diritto, pubblico o privato (102).

---

(101) Così gli interessi puramente economici e patrimoniali trovano di regola la loro tutela nelle norme del diritto privato, civile e commerciale: la tutela penale degli interessi patrimoniali non è che una eccezione.

(102) Così le offese alla morale pubblica (o buon costume), all'incolumità pubblica, all'ordine pubblico; le offese alla vita, all'integrità corporale, all'onore,

Ma si è detto. Il diritto penale, in ultima analisi, non è un ramo del diritto per sè stante, giacchè esso non si distingue dal diritto privato e dal diritto pubblico per il sostanziale carattere delle sue prescrizioni, sibbene per il modo con cui il rispetto di queste è assicurato, cioè la comminazione di una pena: i precetti del diritto penale, infatti, o concernono rapporti di individui fra loro, e allora rientrano nel concetto generico del diritto privato, o concernono rapporti di individui con lo Stato o con la società in esso impersonata, e allora rientrano nel concetto generico del diritto pubblico. Quindi ogni prescrizione di diritto penale si scinde in due norme giuridiche: l'una di diritto privato o pubblico, la cui trasgressione costituisce il fatto al quale la sanzione penale viene applicata: l'altra concernente la misura e l'applicazione della pena, sempre di carattere pubblico (103).

Contro questo ragionamento si può anzi tutto osservare che i precetti del diritto penale non concernono soltanto rapporti fra individuo e individuo o fra Stato e individuo, i quali formano il campo sociale proprio delle altre norme del diritto privato e del diritto pubblico interno; ma concernono anche altre relazioni umane, cioè altri rapporti sociali, diversi da quelli anzi detti, come, ad esempio, rapporti fra *individuo* e *famiglia* considerata, non in un singolo membro di essa, ma nell'unità (non giuridicamente personificata) di tutti i membri che la compongono (104): rapporti fra

---

al pudore, alla libertà personale o sessuale o religiosa, le violazioni del domicilio e del segreto, ecc. appaiono espressamente vietate soltanto nell'orbita delle nostre leggi penali.

(103) In questo senso: SARWEY, *Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege*, Tübingen, 1880, pp. 44-45; CAMMEO, *Commentario del codice e delle leggi sulla giustizia amministrativa* (Milano, Vallardi, in corso di pubblicazione), n° 24, pp. 38-39 (circa il richiamo che il CAMMEO fa della conforme opinione del BINDING (p. 39, nota 1) è da osservare però che in nessun modo il BINDING ritiene che le norme presupposte dalle leggi penali possano assumere mai il carattere di norme di diritto privato).

(104) Questi rapporti sfuggono naturalmente al diritto privato, giacchè il diritto civile (diritto di famiglia) non regola che i rapporti di famiglia intercedenti fra un singolo e un altro singolo. Circa la categoria dei reati così detti contro la famiglia vedi: BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, Bes. Teil, Bd. I, Leipzig, 1902. § 2, p. 7 e § 7 e segg., p. 23 e segg. Riconosce una classe di delitti contro la famiglia anche l'HAELSCHNER, *Das ge-*

individuo e *società*, non in quanto questa si impersona giuridicamente nello Stato, ma in quanto costituisce una unità sociologicamente (e non anche giuridicamente) distinta dalle persone fisiche che la compongono (105): rapporti fra individuo, come cittadino di uno Stato, e uno Stato estero (nei delitti contro gli Stati esteri): rapporti tra individuo e società degli Stati (nei c. d. *delicta juris gentium*: pirateria, tratta degli schiavi, danneggiamenti ai cavi tetegrafici sottomarini, ecc.): rapporti tutti che non intercorrendo fra individuo e individuo, nè fra individuo e Stato, nè fra Stato e Stato, si sottraggono alla regolamentazione giuridica sia del diritto privato, sia del diritto pubblico interno, sia pure del diritto internazionale (106). Si può osservare anche che, qualunque sia il soggetto

---

meine deutsche Strafrecht, Bonn, 1887, Bd. II. II^a Abth., p. 457 e segg., e il nostro: PESSINA. *Manuale di diritto penale*, 2^a ed., Napoli, 1899, parte II, p. 271 e segg.

(105) Lo JHERING, *Der Zweck im Recht*, I, (2^a ed.), p. 495, seguìto dal MEYER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 2^a ed., Leipzig, 1877, p. 84 (non così nella 3^a, Leipzig, 1895, § 4, pp. 28-29) e dall'HAELSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, Bd. II, 2, Bonn, 1887, p. 483, riconosce l'esistenza di una classe di delitti che chiama *Delikte gegen die Gesellschaft* (classe non diversa da quella dei delitti che MERKEL, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889, § 108, p. 285, chiama *gegen allgemeine Interessen*): egli distingue perciò tre possibili soggetti passivi del delitto: l'individuo, lo Stato, la società. Non esattamente il CAMMEO. *Commentario* cit., n° 24, p. 38, nota 1, crede di poter riportare i delitti contro la società alla classe di quelli contro lo Stato, osservando che " la società, non avendo personalità giuridica, si impersona nello Stato ". Gli interessi o beni offesi dai c. d. delitti contro la società non costituiscono *diritti subiettivi dello Stato* concepito come persona giuridica, ma sono invece semplici *interessi* giuridici (e non *diritti*) dei cittadini e non dei cittadini *uti singuli*, ma dei cittadini *uti universi*, cioè appunto della collettività sociale, del pubblico.

(106) Il FILOMUSI-GUELFI. *La codificazione civile e le idee moderne che ad essa si riferiscono*, Discorso, Roma, 1889, pp. 23-24, e *Enciclopedia giuridica*, Napoli, 1904, § 39. pp. 146-147, ritiene che nel campo della filosofia del diritto la partizione fondamentale del diritto dovrebbe essere la seguente: *diritto della persona individuale* (diritti essenziali, diritti patrimoniali), *diritto di famiglia, diritto di società, diritto di Stato, diritto internazionale o delle genti*, ma osserva giustamente che questa partizione, se risponde alle esigenze di una trattazione generale o filosofica, mal si adatta ai bisogni della sistemazione del diritto positivo nell'attuale momento storico. Le difficoltà nascono per lui sopratutto dalla natura dei *rapporti* che si riferiscono alla *società*: i quali pre-

passivo del reato (individuo, famiglia, società, Stato, società degli Stati), qualunque sia l'interesse e quindi il rapporto sociale da esso direttamente offeso, in realtà i precetti del diritto penale tutelano sempre un interesse collettivo o sociale, proprio, cioè, dello Stato e quindi un rapporto fra Stato e cittadino; che essi hanno perciò sempre il carattere di norme di diritto pubblico interno e, poichè si tratta di un rapporto che procede appunto dalla comminazione di una pena, di norme proprie del diritto penale.

Ma vi è una obiezione anche più forte contro questa dottrina, che è quella di involgersi in una grave contradizione logica. Essa, infatti, mentre riconosce il carattere autonomo delle sanzioni penali, di fronte alle altre sanzioni giuridiche private e pubbliche, nega poi ai precetti penalmente sanzionati ogni autonomia di fronte alle altre norme del diritto pubblico o privato. Ma poichè non v'è precetto senza sanzione, nè sanzione senza precetto; poichè essi costituiscono, come si è detto, i due lati inseparabili del concetto unitario della norma giuridica, evidentemente non c'è via di mezzo. O si nega che i precetti penali siano precetti autonomi e per sè stanti di fronte ai comandi o ai divieti di altre parti del diritto; e allora, a voler esser coerenti, occorre negare anche il carattere autonomo e per sè stante delle sanzioni penali di fronte alle altre sanzioni giuridiche pubbliche o private. O si riconosce il carattere autonomo ed indipendente delle sanzioni penali in confronto delle altre sanzioni giuridiche; e allora bisogna logicamente riconoscere anche l'autonomia dei precetti penali di fronte agli altri precetti del diritto privato e pubblico. La prima tesi è una tesi nihilistica: essa conduce alla distruzione del diritto penale e alla sua totale incorporazione nelle altre branche del diritto (107):

---

sentano tale una fusione tra gli elementi che si attengono alla *persona singola (diritto privato*, nel senso tradizionale) ed allo *Stato (diritto pubblico)*, che è difficile farne un terzo membro della partizione generale nel campo del diritto positivo. Dal punto di vista del diritto penale, cioè degli interessi e dei rapporti giuridicamente tutelati dalla pena e offesi dal reato, il criterio sistematico di partizione degli interessi e dei rapporti sociali, desunto dal " soggetto " (singolo, famiglia, società, Stato, unione di Stati) degli interessi e rapporti stessi, non incontra però uguali difficoltà.

(107) A questa conseguenza non giungono neppure i più accaniti fautori del carattere sanzionatorio del diritto penale, eccezion fatta per il ROUSSEAU.

ciò che è in evidente contrasto con l'esperienza storica e con la realtà attuale del diritto positivo. È dunque la seconda tesi che deve accettarsi. E in vero, l'autonomia delle sanzioni penali, di fronte alle altre sanzioni giuridiche, delle pene, di fronte alle altre conseguenze giuridiche del torto, non può essere negata (108). Non può essere negata l'autonomia delle sanzioni penali in confronto delle sanzioni giuridiche private, perchè, mentre la pena non è una conseguenza giuridica privata (la pena privata più non esistendo nel nostro diritto), le conseguenze giuridiche private dei fatti illeciti non hanno (eccezion fatta per la pena convenzionale) carattere di pene. Non può essere negata nemmeno l'autonomia delle sanzioni penali in confronto delle altre sanzioni giuridiche pubbliche, perchè pur essendo le pene conseguenze di diritto pubblico e pure essendovi altre conseguenze giuridiche pubbliche che hanno carattere di pena (p. e., le pene disciplinari), tuttavia non tutte le conseguenze giuridiche pubbliche dei fatti illeciti sono pene (esempio: esecuzione d'ufficio, coercizione), nè tutte le pene hanno natura giuridica pubblica (esempio: la clausola penale nelle obbligazioni).

Se pertanto le sanzioni penali conservano la loro autonomia di rimpetto alle altre sanzioni, bisogna per necessità concludere che anche i comandi o i divieti, la cui osservanza è ad esse raccomandata, sono norme giuridiche per sè stanti e indipendenti dalle altre norme del diritto pubblico e del diritto privato. Certo, il diritto penale, considerato così nei suoi precetti che nelle sue sanzioni, fa parte del diritto pubblico interno, come ne fan parte il diritto costituzionale, il diritto amministrativo, il diritto processuale, ecc. Ma come ognun di questi di fronte all'altro e di fronte al diritto penale, così il diritto penale, di fronte ad ognuno di essi, mantiene la sua autonomia, nè più nè meno che di fronte alle singole parti (civile e commerciale) del diritto privato.

---

(108) Cfr. sopra tutti: Merkel, *Juristische Encyclopdie*, Berlin, 1904, §§ 283 e segg., 291 e segg.; *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. Stuttgart, 1889, § 67 (*Die Rechtsstrafe in ihrem Verhältniss zu anderen Unrechtsfolgen*), il quale ha meglio di ogni altro rilevato l'antitesi fra le *conseguenze giuridiche dei fatti illeciti*, le quali cadono sotto il concetto di *pena* (conseguenze giuridiche penali) e le conseguenze giuridiche, private o pubbliche, dei fatti illeciti che sotto questo concetto non rientrano.

Se non che il dubbio più forte contro l'autonomia dei comandi e dei divieti penalmente sanzionati sorge di fronte a quei *fatti illeciti, i quali producono, ad un tempo, conseguenze giuridiche di indole penale e altre conseguenze giuridiche di diritto pubblico o di diritto privato, che non hanno carattere di pene*. Tali sono, ad esempio, il furto, la frode, il danneggiamento, l'usurpazione, ecc., i quali non hanno soltanto per conseguenza giuridica l'applicazione di una pena, ma producono altresì conseguenze giuridiche di indole puramente civile o privata (restituzione, risarcimento del danno, nullità, ecc.). Ora può domandarsi: si tratta qui di una sola ed identica norma (di diritto privato o di diritto pubblico) la cui osservanza è assicurata ad un tempo con sanzioni di diritto penale e con altre sanzioni giuridiche; ovvero si tratta di due norme diverse, l'una di diritto privato o pubblico, e l'altra di diritto penale, cui corrispondono rispettivamente due diverse sanzioni, l'una non penale e l'altra penale? In altri termini: il diritto penale si limita in tal caso a fornire ad altre norme giuridiche (di diritto privato o di diritto pubblico) il semplice presidio delle sanzioni a lui proprie (pene), oppure completa il sistema dei precetti e dei divieti proprî degli altri rami del diritto e degli obblighi da esso fondati, imponendo nuove norme giuridiche e nuovi obblighi giuridici?

A noi non par dubbio che la seconda soluzione, e non già la prima, sia vera. E, infatti, se ogni conseguenza giuridica di un fatto illecito altro non è se non l'applicazione di una sanzione posta all'osservanza di un comando o di un divieto di cui il fatto illecito è la violazione, non si può dubitare che ad ogni conseguenza giuridica debba, di necessità, far riscontro un correlativo comando o divieto del diritto positivo. Ciò equivale a dire che, allorquando da un medesimo fatto illecito nascono, ad un tempo, due conseguenze giuridiche, una di diritto penale e un'altra di diritto privato o pubblico (non penale), deve, a ciascuna di tali conseguenze giuridiche, necessariamente corrispondere un particolare comando o divieto giuridico; cioè: alla conseguenza giuridica penale, un comando o divieto proprio del diritto penale; alla conseguenza giuridica non penale, ma privata o pubblica, un comando o divieto proprio del diritto privato o pubblico, in stretto senso. Bisogna, dunque, distinguere il comando o divieto contenuto in altra legge, che penale non sia, dal comando o divieto contenuto nella legge penale. L'uno esiste sempre e soltanto pel fatto che alla sua os-

servanza è posta una sanzione, privata o pubblica, non avente carattere penale, ed alla sua inosservanza è ricollegata una conseguenza giuridica, privata o pubblica, che non è una pena. L'altro esiste sempre e soltanto pel fatto che alla sua osservanza è posta una sanzione penale ed alla sua inosservanza è ricollegata, come conseguenza giuridica, l'applicazione di una pena. Il diritto penale, pertanto, allorchè si trova di fronte ad un fatto (azione o omissione) che costituisce già un fatto illecito, privato o pubblico, perchè già contrario a una norma di diritto privato o di diritto pubblico, e già produttivo di conseguenze giuridiche private o pubbliche, che non sono pene, non fa consistere semplicemente il suo còmpito nello stabilire quali conseguenze giuridiche penali debbono tener dietro alla inosservanza di questa norma giuridica, o tutt'al più, come vorrebbe il Binding (109), nel definire la trasgressione della norma medesima. Ciò sarebbe — come ben s'intende — una inutile duplicazione di norme legislative. Perchè non c'è bisogno di due norme distinte, l'una che ponga il comando e il divieto e l'altra che decreti la pena pel caso della sua inosservanza. E neppure, data una azione e una norma determinate, per sapere che quella è la violazione di questa, c'è bisogno di un nuovo intervento del legislatore, ma basta l'opera del giudice che interpreti la norma e l'applichi all'azione concretamente commessa. No. Il diritto penale, minacciando di pena una determinata azione o omissione, pone, invece, per sè stesso, una norma giuridica *nuova*, che è appunto il *divieto* di compiere quella azione o omissione; ed è all'inosservanza di questo, non di altre norme giuridiche, che esso ricollega, come conseguenza giuridica, l'esecuzione della minaccia, cioè l'applicazione della sanzione penale. Esso, quindi, in quanto vieta o comanda le azioni umane sotto minaccia di una pena, vieta o comanda *per la prima volta*, poco importandogli se tali azioni siano, oppur no, contrarie ad altri comandi o divieti, del diritto

---

(109) Binding, *Handbuch des deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1885, Bd. I, § 35, p. 179. È anche il concetto del Beling con la sua teoria della " *tipicità* " (*Tatbestandmässigkeit*) di una azione, cioè della sua conformità al *tipo* descritto nella legge penale, come condizione perchè l'azione stessa abbia il carattere di reato (*Grundzüge des Strafrechts*, Tübingen, 1905, § 23; *Lehre von Verbrechen*, Tübingen, 1906, specialm. § 4 e §§ 13-30).

privato o del diritto pubblico, e diano, o no, luogo ad altre conseguenze giuridiche, diverse dalla pena (110).

E che, nell'ipotesi proposta, il comando o il divieto del diritto penale sia diverso da quello del diritto privato o del diritto pubblico generale (quantunque il medesimo fatto venga a violare l'uno e l'altro, ad un tempo, e produca perciò insieme diverse conseguenze giuridiche), risulta evidente. Tali comandi o divieti, infatti, tra di loro, *non coincidono mai totalmente*, ma *soltanto parzialmente*: sono come due cerchi in parte concentrici, e in parte eccentrici. Così, per tornare agli esempi dianzi citati, mentre il diritto privato vieta *genericamente* ogni violento o occulto spoglio del possesso (naturale) di una cosa mobile o immobile (art. 695 cod. civ.), il diritto penale vieta soltanto quella *specie* di esso che consiste nell'impossessamento della cosa mobile altrui senza il consenso del possessore, per trarne profitto (furto: art. 402 c. p.): mentre il diritto privato vieta *ogni specie* di frode contrattuale (art. 1108, 1115 cod. civ.), il diritto penale vieta soltanto *quella specie* di frode (non importa se contrattuale o no) che consiste nel procurarsi, con altrui danno, un profitto ingiusto, inducendo altri in errore con artifizi o raggiri atti a sorprendere l'altrui buona fede (truffa: art. 413 cod. pen.). Così pure, mentre il diritto privato vieta il danneggiamento, tanto doloso che colposo (art. 1151, 1152 cod. civ.), il diritto penale vieta e punisce soltanto il danneggiamento doloso (art. 424 e 45 cod. pen.) (111): mentre il diritto privato vieta ogni molestia o tur-

(110) Della stessa opinione è il MERKEL, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889, § 12, p. 35: " Si è sostenuta l'opinione che le leggi penali presuppongano generalmente una *illecità* delle azioni da esse represse, che esiste indipendentemente dalle leggi penali stesse (teoria delle norme), dimodochè alle circostanze di fatto messe insieme nelle definizioni legislative penali, sarebbe sempre da aggiungere mentalmente quella della " *illecità* „. Ma questo non è punto esatto. Certo quando le leggi penali reprimono con pena le azioni da esse descritte, le dichiarano con ciò stesso e implicitamente per vietate e quindi per illecite. Se queste abbiano da essere illecite anche indipendentemente da tale repressione, è in sè indifferente per l'interpretazione e l'applicazione della legge penale; ciò viene in considerazione soltanto nella questione: se sia possibile nella descrizione delle azioni da reprimersi con pena un abbreviato riferimento ad altre determinazioni giuridiche „.

(111) Allorchè la legge penale minaccia di pena una azione soltanto in quanto sia dolosamente e non già in quanto sia colposamente commessa, si può du-

bativa del possesso (legittimo e ultra-annale) di un immobile, di un diritto reale, o di una universalità di mobili, anche se commesso senza violenza contro la persona (art. 694 cod. civ.): il diritto penale vieta, invece, soltanto la turbativa dell'altrui pacifico possesso sopra cose immobili, in quanto sia commessa con violenza verso le persone (art. 423 cod. pen.).

21. In *conclusione*: Il diritto penale non ha punto il carattere di un diritto semplicemente *sanzionatorio*, o *secondario* o *accessorio* o *derivato* o *complementare*, che voglia dirsi, rispetto ad altre norme giuridiche (norme *principali* o *primarie*). Esso non si limita a determinare le conseguenze giuridiche penali nascenti dalla violazione di norme giuridiche, da un lato autonome e indipendenti dalla legge penale e dall'altro distinte dalle norme del diritto privato e pubblico in generale (norme speciali codificate o no di diritto pubblico). Tanto meno si limita a dichiarare le conseguenze giuridiche penali nascenti dalla violazione delle norme stesse del diritto privato (civile e commerciale) o pubblico (costituzionale, amministrativo, ecc.), in quanto regolano imperativamente la condotta umana. Perciò il diritto penale non può mai concepirsi come una pura sanzione degli *obblighi giuridici* e quindi dei *diritti soggettivi* e dei *rapporti giuridici* da queste norme fondati. Per conseguenza: il reato non è la violazione di un diritto subiettivo (privato o pubblico) pertinente alla persona offesa dal reato stesso e variabile col variare della specie della norma (comando o divieto) di diritto, privato o pubblico, che quel diritto crea, nè col variare della specie del reato da cui la norma stessa è trasgredita.

---

bitare intorno al modo con cui deve formularsi il divieto sanzionato con pena. Così nell'esempio citato nel testo, in che consiste il divieto? Dice esso: non si deve danneggiare dolosamente l'altrui proprietà? Ovvero dice: non si deve danneggiare (nè dolosamente, nè colposamente) la proprietà altrui? Il Binding, *Handbuch d. deutsch. Strafrechts*, § 33, p. 172, è della seconda opinione (vedi anche *Die Normen und ihre Uebertretung*, Bd. I, §§ 7 e 8). Il Finger, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1904, Bd. I, § 18, pp. 98-99, della prima. Questa prima opinione pare anche a noi la più giusta, giacchè allorquando la legge penale riconnette la conseguenza giuridica di una pena soltanto ad una, e non ad un'altra specie, di violazione, esprime in modo concludente la volontà di considerare quest'ultima specie come *giuridicamente irrilevante* dal punto di vista del diritto penale.

22. II) Ma se il diritto penale, per mezzo delle sue sanzioni, ha virtù di creare nuove norme di condotta, voglio dire i *comandi* o i *divieti* presupposti dalle sanzioni medesime, avrà parimenti virtù di fondare, mediante esse, nuovi *obblighi giuridici*, e quindi nuovi *diritti soggettivi*, e quindi ancora nuovi *rapporti giuridici*, diversi dagli obblighi, dai diritti, dai rapporti giuridici creati dalle altre branche del diritto, pubblico e privato? Ecco il secondo lato del dilemma da noi precedentemente posto contro la teorica che vede in ogni reato la violazione di un variabile diritto soggettivo: dilemma che ci conviene ora sciogliere completamente. La risposta alla domanda, così come da noi fu posta qui sopra, non può essere che affermativa: perchè, per l'indissolubilità del momento *obiettivo* dal momento *subiettivo* del diritto, ogni norma giuridica crea indubbiamente da un lato un *obbligo giuridico*, dall'altro un *diritto soggettivo* corrispondente (*rapporto giuridico*) (112). Ma è il diritto penale idoneo a fondare tali diritti soggettivi *nei singoli* soggetti (individui o enti collettivi) *offesi dai reati* (*soggetti passivi del reato*)? E, per conseguenza, colui che è offeso da un reato (soggetto passivo del reato) è perciò solo e sempre *soggetto di un diritto* fondato dalla norma, cioè dal comando o dal divieto, penalmente sanzionato? O in altri termini: il comando o il divieto, alla cui osservanza è la sanzione penale, crea esso un *rapporto giuridico* fra cittadino e cittadino di tal che possa dirsi che all'*obbligo giuridico* di fare o di non fare di un dato soggetto (soggetto attivo del reato)

---

(112) Sull'indissolubilità dei due momenti, obiettivo e subiettivo, del diritto, talvolta dimenticata, tal'altra anche energicamente negata (v. in tal senso, ad es.: MERKEL, *Juristische Encyclopädie*, § 156, e JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechts*, 2ª ed., Tübingen, 1905, p. 196), vedi, in senso affermativo, tra gli altri: BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, § 36, p. 181; BIERLING, *Juristische Principienlehre*, § 9, p. 145 e segg.; ZORN, *Das Reichs-Staatsrechts*, Bd. II, p. 239 e segg.; BÖHM-BAWERK, *Rechte und Rechtsverhältnisse vom Stand-punkt der volkswirthsschaftlichen Güterlehre*, Innsbruck, 1881, pp. 39-40; tra i nostri, ad es.: VANNI, *Lezioni di filosofia del diritto*, Bologna, 1904, p. 127 e segg.; FERRINI, *Pandette*, Milano, 1900, nº 30; CAMMEO, *Commentario delle leggi su la giustizia amministrativa*, Milano, Vallardi (*in corso*), p. 13 e p. 28. Su la correlazione fra *obbligo* e *diritto subiettivo*, pure negata da JELLINEK, *System*, p. 196, vedi affermativamente: MERKEL, *Juristische Encyclopädie*, §§ 5, 18, 146; BIERLING, *Juristische Principienlehre*, Bd. I, § 12, p. 183 e segg.; BINDING, *Handbuch d. Strafrechts*, § 36, p. 181 e segg.

(es.: obbligo di non uccidere) corrisponda, in un altro soggetto, (soggetto passivo del reato), un *diritto subiettivo* a che altri agisca o ometta di agire (es.: diritto al rispetto della propria vita)? Viola perciò il reato insieme a un obbligo giuridico altresì sempre un diritto subiettivo della persona offesa? Lo afferma l'HOLD VON FERNECK: " La legge penale, egli dice, talvolta, e molto di frequente, costituisce, essa per la prima, obblighi giuridici e, per ciò stesso, sempre diritti subiettivi, i quali non esistevano prima della sua apparizione „ (113). Ma qui la risposta deve essere invece recisamente negativa. Certamente, i comandi o i divieti del diritto penale, come del diritto in genere, operano anch'essi, anzi essi specialmente, mediante la posizione di motivi alla volontà umana: per tutelare gli interessi della vita, individuale e sociale, il diritto penale si vale infatti della coazione psicologica ed esercita, come forza obiettiva, una funzione preventiva. Certo questi comandi o divieti fondano anch'essi obblighi giuridici, perchè l'obbligo non è altro appunto che coazione psico-sociale derivante da una norma sanzionata. Certo a questi, come ad ogni altro obbligo giuridico, devono necessariamente corrispondere diritti subiettivi: il diritto subiettivo altro essendo se non il *riflesso dell'obbligo* (114). Ma non per ciò è detto che ogni interesse tutelato giuridicamente debba esserlo per forza nella forma di un *diritto subiettivo*. Vi sono interessi tutelati in forma puramente *obiettiva, rispetto ai soggetti* degli interessi medesimi, cioè senza che il diritto obiettivo conceda alcun *potere giuridico* alle *volontà* dell'interessato (o di un suo rappresentante). Tali sono appunto gli interessi (o beni) giuridicamente tutelati dai comandi o divieti del diritto penale e di cui i singoli reati costituiscono la violazione (vita, integrità personale, onore, libertà, ecc.). Con ciò non si vuole escludere, naturalmente, che questi interessi possano già, per virtù di altre norme giuridiche, rivestire il carattere di diritti subiettivi: così gli interessi

---

(113) HOLD VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, Bd. II, Jena, 1903, § 26, p. 334.

(114) Così HOLD VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, Bd. I, § 11, p. 120, il quale ha però cura di aggiungere che il diritto, come riflesso dell'obbligo, deve essere *voluto* (*der gewollte Reflex der Pflicht*): e ciò per distinguere appunto il diritto subiettivo dall'interesse giuridicamente protetto in forma diversa dal diritto subiettivo.

economici, di cui i reati patrimoniali sono la violazione, costituiscono già di per sè, in virtù delle norme del diritto privato, diritti subiettivi (diritti subiettivi patrimoniali). Si vuol dire soltanto che i comandi o i divieti penalmente sanzionati non hanno di per sè soli la forza di trasformare in diritti subiettivi gl'interessi che essi proteggono contro le azioni delittuose: che, cioè, il diritto penale protegge bensì gli interessi dei singoli o della società contro le possibili offese delittuose, ma non li protegge nella forma di diritti subiettivi, cioè mediante *poteri giuridici* dati alle *volontà* che questi interessi realizzano. E ciò perchè il diritto penale, quando, mediante la coazione psicologica, esercita la sua funzione preventiva dei reati a tutela degli interessi individuali e sociali, non vuol punto rendere la *volontà individuale arbitra* della tutela di questi interessi: e non vuol renderla arbitra perchè agli interessi, che tutela penalmente, lo Stato riconosce e attribuisce una importanza che trascende le persone che di questi interessi sono i soggetti, e si estende a tutta la collettività organizzata. Non è dunque che, in tal caso, di fronte all'obbligo giuridico manchi il diritto subiettivo: ciò che contravverrebbe al principio dell'intima correlazione fra obbligo e diritto. Ma è che il diritto subiettivo non esiste e non va quindi ricercato già nei singoli subietti (individuali o collettivi) i cui interessi il reato immediatamente offende e che la sanzione penale immediatamente protegge, ma esiste invece, e va ricercato, nello Stato a cui appartiene direttamente l'*interesse* di cui il diritto penale è l'espressione. Questo diritto subiettivo dello Stato, come ha giustamente rilevato il Binding (115), è il *diritto all'obbedienza*: o meglio un particolare diritto di obbedienza politica che potrebbe dirsi diritto all'obbedienza dei precetti penali; esso è più particolarmente un diritto all'osservanza di quella determinata condotta che è imposta dallo Stato sotto sanzione penale. Il contenuto sostanziale di tale diritto è dato appunto dall'*interesse*, che lo Stato ha, a che non vengano, mediante azioni delittuose, lesi o messi in pericolo quei *beni* e *interessi* della vita individuale e sociale che costituiscono le *con-*

(115) Binding, *Handbuch d. deutschen Strafrechts*, § 37, pp. 183-187. Sul modo eccessivamente formale con cui il Binding concepisce il diritto di obbedienza dei comandi o divieti sanzionati penalmente, vedi più oltre il testo, n° 25.

dizioni indispensabili alla *esistenza* ed alla *conservazione* dello Stato medesimo: l'interesse, dunque, dello Stato, alla propria *esistenza* e *conservazione*. Questo diritto subiettivo dello Stato all'obbedienza, che ogni comando o divieto del diritto penale necessariamente fonda, è quello che ogni reato necessariamente offende, pel fatto stesso che esso trasgredisce il comando o il divieto penalmente sanzionato. All'offesa di questo diritto dello Stato potrà anche accompagnarsi l'offesa di un *diritto subiettivo* proprio del soggetto passivo del reato (come avviene nei reati patrimoniali): o potrà anche, e più spesso, accompagnarsi l'offesa, non già di un diritto, ma soltanto di un interesse del soggetto stesso, protetto altrimenti che nella forma di un diritto subiettivo (*interesse o bene giuridico*). Ma l'essere l'offesa di un diritto subiettivo pertinente alla persona direttamente lesa dal reato, non è punto una caratteristica essenziale del reato: è soltanto una accidentalità prodotta, come si è detto, dalla coincidenza, su di un medesimo interesse di due specie di tutela giuridica, l'una penale e l'altra no. L'unica violazione di diritto subiettivo che è essenziale al reato è quella del diritto (epperò dell'interesse) dello Stato alla obbedienza del precetto penale e quindi al rispetto della condizione essenziale della propria esistenza: violazione che si riscontra anche nei così detti delitti contro la morale o contro il buon costume. Non si tratta già tuttavia di un diritto all'obbedienza, per l'obbedienza: di una subordinazione del singolo alla volontà dello Stato che sia scopo a sè stessa. Si tratta, invece, da un lato, di un obbligo, dall'altro di un diritto di obbedienza, avente *un determinato contenuto* (prestazione, comportamento determinato), di un obbligo cioè di porre in essere una determinata azione o omissione. Non si può infatti obbedire *simpliciter*: si deve obbedire a un comando o a un divieto: e non si può comandare o vietare *simpliciter*: si deve comandare o vietare una determinata azione o omissione: ogni rapporto di obbedienza suppone dunque la *volontà* di un soggetto che comanda, e la *volontà* di un altro soggetto a cui si comanda di fare o di omettere un *quid* determinato. E poichè ogni norma giuridica intanto comanda o vieta una azione in quanto questa riesca utile o dannosa a un interesse o bene della vita, individuale o sociale, ne viene che il *diritto* dello Stato all'*obbedienza* di un comando o di un divieto sanzionato con pena, altro, in fondo, non è se non un *diritto* (e quindi un *interesse*) a cui è correlativo un obbligo, da parte di

ogni cittadino, *al rispetto* degli interessi e beni giuridici individuali o sociali (eventualmente veri e propri diritti subiettivi) immediatamente e direttamente offesi dai singoli reati, e perciò appartenenti ai singoli soggetti passivi di questi, e variabili col variare delle specie dei reati medesimi (*diritto assoluto*): interessi o beni che costituiscono alla loro volta condizioni fondamentali ed indispensabili all'esistenza della società giuridicamente organizzata. Così il diritto penale, pur tutelando interessi e beni della vita individuale o sociale, propri dei singoli soggetti direttamente offesi dai reati, non riconosce però ai soggetti stessi (individui o enti collettivi) la libera disponibilità dei beni e interessi in discorso: e questa, meglio che alla *volontà* dei portatori di tali beni, affida invece, alla *volontà dello Stato*, resa unica arbitra di decidere della tutela degli interessi in questione, a causa appunto dell'interesse pubblico che a questa tutela è legato.

23. Concludendo: *il reato non può in alcun modo concepirsi come la violazione di un diritto subiettivo di diversa forma, variabile per qualità col variare della specie del reato e pertinente alla persona offesa dal reato medesimo: perchè un tale diritto non è punto necessariamente e sempre l'oggetto della offesa delittuosa e della tutela giuridica penale.*

CAPITOLO II.

Teoria della violazione di un diritto subiettivo pubblico dello Stato (diritto all'obbedienza), unico e costante nella sua qualità (Teoria del Binding).

§ 1. — *Esposizione della teoria.*

24. Opinione del Binding. Il reato, un'offesa del diritto soggettivo di obbedienza dello Stato. Diritto di obbedienza e altri *diritti soggettivi*, diversi da esso. Diritto di obbedienza e beni giuridici; il concetto del bene giuridico, secondo il Binding. L'offendibilità del bene giuridico e l'inoffendibilità del diritto soggettivo.

24. Accanto, ma non di fronte, alla dottrina che concepisce il reato come l'offesa di un diritto subiettivo di diversa specie, variabile per qualità col variare della specie del reato e pertinente al soggetto passivo (offeso) del reato medesimo, vanno ricordate quelle teoriche le quali considerano, invece, il reato come la violazione di un diritto subiettivo dello Stato, sempre di carattere pubblico, unico e costante nella sua qualità, non ostante il variare della specie del reato. La più completa ed organica di tale teoria, e insieme la più netta nelle idee che la costituiscono, è, senza dubbio, la teorica del Binding, quale emerge dalle opere sue principali (1): teorica che può designarsi come quella che concepisce il reato quale offesa necessaria e costante del *diritto di obbedienza*

---

(1) Binding, *Handbuch des deutschen Strafrechts*, Bd. I, Leipzig, 1885, § 32, p. 167 e seg.; *Die Normen und ihre Uebertretung*, Bd. I (2ª ed.), Leipzig. 1890, §§ 43, 44, 49, 50. 51; *Grundriss des deutschen Strafrechts* (*Allgemeiner Teil*), Sechste Auflage, Leipzig. 1902, § 44, p. 102.

dello Stato. Esponiamola con una certa larghezza, valendoci, per maggior precisione, della parole medesime dell'insigne suo autore.

Per il Binding, tutti i reati vanno ugualmente contro le norme giuridiche che li vietano: perciò essi sono: illiceità, disobbedienze, ribellioni della volontà del singolo contro la legge imperante. Mediante una tale offesa si pone in oblìo questa, non la sua autorità ideale: ed è inesatto il dire che la legge è con ciò infranta o offesa. La contravvenzione alla norma non è offesa della norma: il diritto obiettivo non è direttamente offendibile. Ma appunto perchè, mediante questa così detta offesa del diritto non è in verità offeso il diritto, ma turbato l'ordine ad esso corrispondente, così vien generata una contraddizione fra il diritto e le condizioni di vita che esso vorrebbe a sè sottoporre; e si può, sia pure in senso improprio, parlare di *offesa del diritto*, ma di questa convien dire che essa è possibile, non come immediata offesa del diritto obiettivo, ma soltanto come turbamento del diritto subiettivo mediante esso fondato. In questo senso ogni reato è necessariamente offesa di un diritto subiettivo: e precisamente: offesa del diritto di obbedienza dello Stato (2). Noi diciamo perciò qualcosa di preciso quando indichiamo come offeso il diritto di obbedienza dello Stato e l'obbligo di obbedienza del suo suddito, e diciamo, invece, qualche cosa di impreciso quando parliamo di offesa dell'ordine giuridico o in principal modo dello Stato. Se non che, anche concepito il reato come offesa di un diritto di obbedienza dello Stato, nessun ulteriore oggetto dell'offesa delittuosa viene con ciò indicato. Ma i divieti di *lesione* o di *pericolo* (non così i divieti puri e semplici) proibiscono determinate offese, sia ad un *diritto subiettivo* (i diritti di proprietà, i diritti d'autore, ecc.), sia ai così detti *beni giuridici*. Di gran lunga i maggiori e più gravi reati sono lesioni o pericoli soltanto di beni giuridici. Ma anche là dove al delitto è indispensabile l'offesa ad un diritto subiettivo, diverso da quello di obbedienza, non può l'offesa al diritto subiettivo essere altrimenti eseguita se non mediante una offesa al bene giuridico. Così, dunque, *il bene giuridico è il principale obietto del reato* (3).

---

(2) Binding, *Handbuch*, § 32. pp. 167, 168, 169.

(3) Binding, *Grundriss*, § 44, p. 102.

Ma che cosa è il bene giuridico? È sempre più riconosciuto, dice il Binding, che i *beni giuridici* formano il punto di mezzo dove si raggruppano tutti i diritti e gli obblighi. Bene giuridico è tutto ciò che, dal punto di vista del legislatore, è importante per l'ordine giuridico e il di cui indisturbato mantenimento è posto al sicuro mediante norme. Beni giuridici sono non soltanto *vita*, *integrità corporale*, *libertà*, *onore*, *onore sessuale* dei singoli, ma anche il loro credito, gli oggetti dei diritti patrimoniali, la legalità e veridicità dei mezzi di prova, come dei segni di fede, l'autorità dei funzionari, il territorio dello Stato, la forza bellica dello Stato durante la pace; *in breve: tutto ciò che al di fuori del diritto di obbedienza dello Stato forma oggetto di una offesa delittuosa*. Parecchi beni giuridici sono assolutamente impossibile oggetto di diritti subiettivi: non si dà nessun diritto *su* o *alla* vita, *sopra* o *alla* integrità corporale, nessuno alla illibatezza del matrimonio, ecc.; altri sono effettivamente oggetti di diritti subiettivi: come le cose, oggetti del diritto di proprietà, il fanciullo, oggetto della patria potestà, il territorio dello Stato, oggetto della sovranità territoriale. Questa diversità non si concilia perciò con l'evidente, necessaria divisione dei beni giuridici in immateriali e materiali. Si dànno diritti sui beni materiali, come sui beni immateriali (proprieta, diritto d'autore), e si dànno, d'altra parte, beni giuridici, appartenenti o non appartenenti al mondo dei sensi, i quali non sono oggetto di diritti subiettivi (vita, onore). Ma i beni giuridici si equivalgono in ciò che essi sono effettivamente offendibili, vale a dire, possono essere distrutti o diminuiti, mediante offesa, nel loro valore di beni. L'offesa di un bene giuridico è perciò altrettanto possibile, quanto è impossibile l'offesa di un diritto, nel senso proprio della parola (1). E altrove, a meglio precisare i suoi concetti, così definisce il Binding il bene giuridico: " Bene giuridico è dunque tutto ciò che, quand'anche non costituisca un diritto, pure è, dal punto di vista del legislatore, come condizione di sana vita della comunità giuridica, per la comunità stessa importante: tutto ciò al cui inalterato ed indisturbato mantenimento essa ha, dal suo punto di vista, interesse, e che il legislatore perciò pone, mediante le sue norme, al sicuro da

(1) Binding, *Handbuch*, § 32, pp. 169-170.

non desiderate violazioni e pericoli „. Ed esemplificando, ripete: “ I beni giuridici sono in gran numero e di grande varietà. Beni giuridici sono tutti gli oggetti di diritti reali, sono la vita, la sanità, la libertà, l'onore, lo stato delle persone, la capacità giuridica dei singoli; un bene giuridico è il possesso, è la legalità dei documenti, è la vita dello Stato, ugualmente come la sua integrità territoriale e costituzionale. Obietto dell'offesa non è l'*interesse*, al bene, ma il bene medesimo. L'offesa delittuosa è fatta sempre ad uno o a più concreti beni giuridici, ad una vita individuale, ad una cosa determinata. Ma essa può essere vietata anche soltanto come tale (5).

§ 2. — *Valutazione critica della teorica del* Binding.

25. L'offesa del diritto di obbedienza è un momento puramente formale (in *nota*: violabilità delle norme giuridiche). Importanza sostanziale del reato per gli interessi individuali e sociali. — 26. La pretesa inviolabilità del diritto soggettivo. Erronea nozione di questo. Ogni diritto in quanto è *interesse* è violabile. Ogni diritto in quanto è *pretesa* è violabile: confusione fra l'abolizione di un diritto e la violazione di esso: la violazione del diritto è l'inadempimento dell'obbligo corrispondente. — L'offesa del bene giuridico mezzo indispensabile di offesa del diritto soggettivo? Confusione fra *contenuto materiale* (bene o interesse) e *oggetto* (cosa o persona) del diritto soggettivo. L'offesa del bene o interesse contenuto nel diritto non può anch'essa esistere senza l'offesa del diritto. L'oggetto di un diritto soggettivo non può giuridicamente offendersi. — 27. Assenza, nella teorica del Binding, di ogni concetto del bene giuridico (in *nota*: Dottrina del Mortara e sua critica).

25. La teorica del Binding ha senza dubbio il pregio di un grande rigore di concetti: ma in questo rigore, non sempre fedele alla verità, stanno difetti che la critica non può a meno di rilevare. A parte la questione, più di parole che di sostanza, se il *diritto obiettivo* sia o no direttamente offendibile (6) — che in ogni reato sia

---

(5) Binding. *Grundriss*, § 44, pp. 102-103.

(6) Che il diritto sia, *nell'ordine fisico*, essenzialmente *violabile* e che in ciò sia anzi una caratteristica eminente delle norme giuridiche, in confronto delle leggi puramente fisiche, le quali, a differenza delle norme etiche e giuridiche, non sopportano la contraddizione (cfr. Brinz, *Pandekten*, 2ª Aufl., I, p. 91), è stato bene rilevato di recente anche dal Del Vecchio, *Il concetto del diritto*, Bologna, 1906, pp. 44-51. “ La possibilità di essere trasgredita, nota giustamente quest'autore (op. cit., p. 46), è anzi ciò che costituisce il presupposto e la ragion d'essere della legge in senso giuridico. La funzione logica del diritto si

effettivamente sempre la trasgressione di una norma giuridica, e perciò una illiceità, un torto giuridico, è principio che non am-

---

esercita... collo stabilire una distinzione fra più possibilità di operare, ammettendone alcune ed escludendone altre. Ciò mostra che nell'ordine fisico il diritto è essenzialmente violabile: esso non può essere concepito se non sia concepita al tempo medesimo la possibilità di una sua violazione. La nozione della violabilità, ossia del torto, è, insomma, un elemento integrante di quella del diritto „. E nello stesso senso già notava il Puchta, *Cursus des Institutionen*, § XI (8ª Aufl., p. 16): " Col diritto è data anche la possibilità del torto, cioè di uno stato di fatto il quale non è conforme alle prescrizioni del diritto „. (Vedi anche conformemente: Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878, p. 2: " *Di fatto* possono ambedue (il comando e il divieto) rimanere inosservati „, e Petrone, *Contributo all'analisi dei caratteri differenziali del diritto*, in " Rivista italiana per le scienze giuridiche „, vol. XXV (1898), p. 353, il quale dice anzi che il diritto esiste " in grazia della sua violabilità „).

La ragione per cui le norme giuridiche — e le norme etiche in generale — hanno, in contrapposto alle leggi fisiche, la proprietà caratteristica di essere essenzialmente " violabili „ (violabili, s'intende, in linea *di fatto*), deriva da ciò che esse non sono leggi dell'*essere*, ma dell'*operare* (norme pratiche) (nello stesso senso il Brinz, *Pandekten*, 2ª Aufl., Bd. I, p. 92, che dice esser la norma giuridica di natura ideale, la legge naturale di natura reale: *contro*, invece, Affolter, *Naturgesetze und Rechtsgesetze*, 1904, p. 17). In particolare, per ciò che riguarda le norme giuridiche, la ragione della loro violabilità è data dal fatto che il diritto come complesso di imperativi sanzionati, vuole, mediante la *posizione di motivi*, esercitare (ed effettivamente esercita nella maggior parte dei casi) una *coazione psicologica* su la volontà umana (tutela e funzione *preventiva* del diritto). Può, invero, il motivo posto dal diritto non essere *di fatto, nel singolo caso,* effettivamente determinante la volontà, può cioè eventualmente la volontà non rimanere talvolta in realtà psicologicamente costretta: ed è allora appunto che sorge la estrinsecazione di volontà, l'azione, contraria alla norma giuridica, cioè la violazione del diritto (azione illecita o torto giuridico). È anzi da dire, a tal proposito, che la *coazione* o *reazione fisica* (tutela e funzione *repressiva* del diritto) è appunto predisposta dal diritto obiettivo per il caso (previsto, ma non desiderato, anzi manifestamente non voluto) che la coazione psicologica o forza psichica della norma giuridica si riveli insufficiente nel singolo caso e non sortisca perciò il suo effetto di *impedire*, cioè di *prevenire*, la violazione della norma medesima: nella reazione fisica all'azione illecita sta infatti la conseguenza giuridica del torto. Certo, come nota il Binding, se la norma giuridica viene di fatto trasgredita, essa non cessa di esistere nella sua autorità ideale, perchè — secondo riconosce lo stesso Del Vecchio (*Il concetto del diritto*, p. 46) — " la sua verità può esser sì messa in dubbio da un'altra legge, non mai da un semplice fatto, che, come tale, le è essenzialmente subordinato, sia che le si conformi, sia che la

mette più discussione. Nemmeno può, secondo noi, dubitarsi che in ogni reato si contenga sempre, e per ciò stesso, una mancanza al dovere di obbedienza politica del suddito verso lo Stato e perciò un' offesa al correlativo diritto di obbedienza dello Stato (cfr. retro n. 22). Ma questo diritto non è già, come ritiene il BINDING, il generale diritto di sovranità che lo Stato ha sui cittadini (7), ma è un diritto di supremazia speciale, un particolare diritto all'obbedienza (8); non nasce già, come egli vuole, dalle norme del diritto pubblico (9), ma vien fondato, invece, dalle norme (comandi o divieti) penalmente sanzionate, cioè dalle norme del diritto penale (cfr. n. 18-21); non è un diritto a contenuto indeterminato, ma è invece un diritto a una determinata azione o omissione; quella appunto che il precetto penale vieta o comanda sotto minaccia di pena (cfr. retro n. 22).

Ma una censura anche più forte è da muovere al BINDING. Non a torto, invero, si è fatto a lui il rimprovero di trascurare nella sua concezione la considerazione dell' importanza materiale del reato per gli interessi privati e pubblici, subordinandola al momento, puramente formale, dell'offesa al diritto di obbedienza (10).

---

violi „ (nello stesso senso v. anche BRINZ, *Pandekten*, § 18). Ma altro è l'*autorità ideale*, cioè l'autorità *giuridica* (forza obbligatoria) della norma, altro la sua *autorità di fatto*. La *autorità giuridica* della norma rimane (se rimane la norma), nonostante la sua violazione, immutata: non così la sua *autorità di fatto* (così altrove lo stesso BINDING, *Grundriss d. gem. deutsch. Strafrechts*, § 88, p. 190, nota 1; e contro BINDING in genere su questo punto: LIEPMANN, *Enleitung in das Strafrecht*, Berlin, 1900, pag. 193).

(7) BINDING, *Handbuch*, Bd. I, § 37. p. 183 e nota 1.

(8) Sui diritti di supremazia speciali come diritti autonomi in contrapposto al diritto di sovranità generale, vedi: ROMANO, *Sulla natura dei regolamenti delle Camere parlamentari* (estratto dall' " Archivio giuridico „ "*Filippo Serafini* „, vol. IV, fasc. 7°), Pisa, 1905, *sub* III. n° 11 e segg., p. 17 e segg.

(9) BINDING, *Handbuch*, § 36, p. 182 e § 37, p. 183, in relazione al § 30.

(10) Vedi sopra tutto la critica di LISZT, *Rechtsgut und Handlungsbegriff im BINDING'schen Handbuch*, nella "Zeitschrift für die gesammte Strafrechtwissenschaft„, Bd. VI, p. 663 (dove accusa il BINDING di non saper distinguere il *concetto* dalla *realtà*: il *bene giuridico*, cioè l'*interesse giuridicamente tutelato* non è che un concetto, il concetto dello *scopo* da cui il diritto muove; la *realtà* è data dagli uomini o dalle cose che degli interessi sono i soggetti o gli oggetti); *Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht*, nella stessa " Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtw. „, Bd. VIII, p. 134, e anche, ma brevemente, nel *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 10ª ed..

" Perchè le diverse gradazioni negli aumenti e nelle diminuzioni di pena, che noi troviamo in ogni codice penale, possono essere spiegate, dice bene il Liepmann, soltanto mediante il diverso valore dei beni giuridici lesi o messi in pericolo nonchè mediante la gravità, qualitativamente e quantitativamente diversa, di questa offesa. Se il reato nella sua essenza fosse davvero soltanto una

---

§ 13, pp. 54-55, nota 2: " L'errore fondamentale della teoria delle norme (di Binding) sta nella puramente formale concezione del delitto come una offesa del diritto di obbedienza (*Normen*, I, § 45), dove la direzione del reato contro le condizioni di vita della società giuridicamente organizzata viene completamente trascurata „. Notevole e degna di esser riferita è pure la critica che al Binding fa il Merkel, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889, § 6, pp. 15-16: " L'importanza sociale, egli dice, e sopra tutto di fatto di certe azioni secondo essa (la teoria del Binding) non ha nulla da fare con la loro proprietà di essere reati e non può perciò fornire il criterio e la misura per l'efficacia della giustizia penale. Certo queste azioni debbono essere *vietate* a cagione della loro incompatibilità con determinati beni, ma ciò che è decisivo per il *divieto* deve essere considerato come irrilevante per la *punizione*..... La verità è invece che ciò che è essenziale per il *divieto*, lo è ugualmente per la *punizione*. La teoria delle Norme non riesce, fra l'altro, a spiegare la diversità di trattamento che le diverse specie delittuose ricevono. Poichè questo trattamento risponde alle concezioni universali, le quali dominano rispetto alle varie specie di delitti..... Ora queste concezioni hanno per oggetto la importanza generale del delitto quale, su fondamento di comuni esperienze, vien sentita dal popolo, non già il suo rapporto con la pretesa giuridica dello Stato all'obbedienza! Di qui le numerose diversità nella specie e nella misura della punizione. I possibili gradi di disobbedienza non stanno con tutto ciò in nessun rapporto. Se l'essenza del delitto fosse riposta in quest'unico momento, come potremmo noi, ad esempio, trattare come infamanti certi delitti, mentre puniamo altri, così lievi che gravi, con la nostra " Custodia honesta „, la relazione? E incomprensibili rimangono ancora, in tal modo, le modificazioni storiche nel giudizio e nella valutazione dei delitti, poichè queste modificazioni sono in relazione con l'importanza sociale dei delitti stessi. In particolare appare incomprensibile il còmpito affidato al giudice relativamente alle misure penali. La notevole latitudine che a lui vien in ciò conceduta, può giustificarsi soltanto sotto il presupposto che il fatto concreto abbia formato oggetto dell'apprezzamento giudiziale in tutte le sue particolarità socialmente importanti e in armonia col complesso delle concezioni universali „. Vedansi anche le critiche sostanzialmente identiche del Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878, p. 4, nota 13 (il quale dice che il diritto non può avere per iscopo l'obbedienza per l'obbedienza come nella favola del cappello di Gessler) e del Liepmann, *Einleitung in das Strafrechts*, Eine Kritik der kriminalistischen Grundbegriffe, Berlin, Häring, 1900, p. 12.

offesa del diritto statuale all'obbedienza ogni diversità ed ogni individualizzazione dei fatti giuridici penali sarebbe impossibile „. Il BINDING ha semplicemente risposto a questa obiezione che egli in nessun modo considera come irrilevante per la punizione l'importanza dei beni giuridici offesi, e che, anzi, l'obbedienza alla norma deve essere " soltanto il mezzo per il mantenimento del bene giuridico nella sua integrità „ (11). Ma questa risposta — come osserva il LIEPMANN — non invalida il valore dell'obiezione. " Poichè, se l'offesa dell'obbligo di obbedienza deve essere l'unica, essenziale proprietà di ogni delitto, non può alle altre qualità, e perciò anche alla parte materiale, essere attribuita che una importanza assolutamente non essenziale per il torto punibile: ciò che è manifestamente un'inversione della realtà. Nel fatto il carattere di ogni reato è in prima linea determinato dal valore dell'interesse offeso e dalla forma della violazione e in secondo luogo dall'offesa al diritto di obbedienza dello Stato „ (12). Il quale diritto di obbedienza, poi, non è già, come vorrebbe il BINDING (13), un diritto privo, esso stesso, di contenuto sostanziale, ma, come ogni altro diritto, ha per base materiale un " interesse „: l'interesse, cioè, dello Stato alla *conservazione* ed alla *difesa preventiva* (mediante la coazione psicologica inerente agli imperativi giuridici penali) della propria *esistenza*, messa in pericolo dall'offesa od alla minaccia di un altro *bene o interesse*, individuale o collettivo, la cui *tutela* costituisce una *condizione* indispensabile a questa stessa esistenza.

26. L'obietto dell'offesa delittuosa non è dunque soltanto il diritto di obbedienza dello Stato, che anzi solo mediatamente vien leso, ma, come in fondo è costretto a riconoscere lo stesso BINDING,

---

(11) BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretung*. Bd. I (2ª ed.), Leipzig. 1890, p. 365. Non così invece nella prima edizione di questo libro (Bd. I, Leipzig, 1872) e nello *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig 1885, Bd. I, § 37, p. 186, *sub* VII e nota 7. La opinione del BINDING apparisce modificata da quella che era nella 1ª edizione del primo volume delle *Norme* e nel *Trattato*, anche confrontando altre sue opere ad essi posteriori (vedasi, ad es., *Grundriss des Strafrechts*, Leipzig, 1902, nel passo riferito sopra nel testo, § 44, pp. 102-103).

(12) LIEPMANN, *Einleitung in das Strafrecht*, Berlin, 1900, pp. 12-13.

(13) BINDING, *Handbuch*, Bd. I, § 37, p. 186, *sub* VII e note 7.

anche e in primo luogo il *bene* o l'*interesse* direttamente *leso* o *posto in pericolo*. L'aver rilevato che questo *bene* o *interesse* non costituisce sempre un *diritto subiettivo* proprio della persona offesa, che esso è anzi, di regola, soltanto un *bene giuridico* (*Rechtsgut*); che il *bene giuridico* è pertanto il principale obietto del reato, è merito notevole del Binding. Ma l'aver ritenuto che soltanto i beni giuridici, e non già i diritti subiettivi, possano venire offesi dai reati; che l'offesa a un bene giuridico sia altrettanto possibile, quanto è impossibile l'offesa di un diritto, nel senso proprio della parola: che il diritto subiettivo, come tale, non possa esser sacrificato da una azione illecita e anche dopo di essa continui a sussistere inalterato; è, lo abbiamo già notato, un suo notevole errore (cfr. retro n. 10).

Questo errore ha nel Binding due fonti: cioè, da un lato, una concezione inesatta del *diritto subiettivo* e, dall'altro, una concezione inesatta del così detto " *bene giuridico* „. Pel Binding il concetto del diritto subiettivo si esaurisce tutto nel momento, puramente *formale*, della *potestà di volere*, della *Willensmacht*, come potere giuridico, come garanzia conceduta alla volontà umana dall'ordinamento giuridico: ma in esso l'elemento *materiale*, lo *scopo* all'attuazione del quale la volontà si dirige, e così il *bene* e l'*interesse* giuridicamente protetto dalla norma, è completamente trascurato. Il diritto subiettivo, così inteso, ben si comprende come non possa essere pel Binding in alcun modo danneggiato da un'azione delittuosa. Che cosa è infatti il *danno*, se non la *restrizione* o il *sacrificio* di un " *interesse* „, la *diminuzione* o la *sottrazione* di un " bene „ altrui giuridicamente protetto da una norma, sia nella forma di un diritto subiettivo, sia in forma puramente obiettiva rispetto al soggetto del bene o interesse? (14). E come può allora essere alterato o sacrificato un diritto che si concepisce sprovvisto di ogni contenuto sostanziale, di ogni substrato sociale, economico o morale, come un puro e formale potere giuridico dato a una volontà priva di scopo, a una volontà, cioè, non diretta a realizzare alcun bene o interesse del soggetto volente? Ma concepito il di-

---

(14) Sul concetto del " danno „ in senso giuridico in tutti i campi del diritto cfr. il mio lavoro: *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, Napoli, 1906, p. 174 e p. 273-275. V. più oltre parte II, cap. IV, § 1 di questo lavoro.

ritto subiettivo, non già come una semplice potestà giuridica, ma, invece, come un " *interesse* „ protetto da una norma sia pure col dar forza giuridica alla " volontà „ richiesta per realizzarlo, nulla appare più manifesto della possibilità che un diritto subiettivo, in tal modo inteso, possa venir offeso o danneggiato da una azione delittuosa (15); giacchè, come altrove dicemmo, è appunto nella lesione, sacrificio o restrizione che sia, di questo interesse o quanto meno nel pericolo a cui lo si espone, che sta il carattere, insieme illecito e dannoso, dell'azione in discorso. Nè si dica che, anche introdotto nel concetto del diritto subiettivo l'elemento *materiale* dell'*interesse*, resta pur sempre di necessità, accanto ad esso, quello formale del *potere giuridico* dato alla volontà: e che è appunto questo potere che non è pel Binding direttamente offendibile, come non è offendibile il diritto obiettivo che lo concede. In questa ultima affermazione si nasconde in vero un equivoco che ha bisogno di essere dissipato. Certo, in ciò ha ragione il Binding, l'azione delittuosa del singolo non può aver l'effetto di portar via alla *volontà* del soggetto offeso quel *potere giuridico* che la *volontà generale* dello Stato mediante il diritto obiettivo unicamente ad essa concede e può togliere: al modo stesso con cui non può l'offesa delittuosa togliere all'ordinamento giuridico quella forza obbliga-

---

(15) Anche l'Impallomeni, *Istituzioni di diritto penale*, Torino, 1908, confutando ad altro proposito (distinzione fra delitti e contravvenzioni) il concetto del Binding osserva (pp. 76-77): " Un bene giuridico non si può offendere senza che sia offeso il diritto che rappresenta il bene medesimo, il quale è giuridico appunto perchè è obietto di un diritto. Questa offesa può giungere sino alla distruzione del diritto medesimo, come avviene nell'omicidio, mentre sarebbe contraddittorio parlare dell'inviolabilità di un diritto (individuale) alla vita, quando l'esistenza di un individuo è stata distrutta. E allorchè il delitto non distrugge un diritto soggettivo, esso l'offende pur sempre, se offende (anche con la semplice minaccia) l'incolumità di un bene giuridico, giacchè il suo effetto è quello di scemare la sicurezza del diritto, così nel titolare dello stesso, come nei consociati..... „. A parte l'inesatta affermazione che il *bene giuridico* sia *giuridico* appunto perchè è *obietto* di un diritto (noi diremmo che esso è tale in quanto è riconosciuto e tutelato dall'ordinamento giuridico nella forma di un diritto soggettivo) e a parte anche la discutibilità dell'esistenza di un *diritto subiettivo individuale su la vita o alla vita* (che si riconnette alla grave questione dei diritti su la propria persona o di personalità), noi possiamo sottoscrivere al ragionamento del compianto scrittore.

toria e quella giuridica autorità che gli sono inerenti, come manifestazione suprema della volontà dello Stato (cfr. retro n. 10). Ma non bisogna confondere la *abolizione di un diritto subiettivo* con la *violazione* o *lesione del diritto subiettivo* medesimo; al modo stesso con cui non bisogna confondere la *abrogazione* di una norma giuridica con la *trasgressione* della norma stessa. La *abolizione* di un diritto subiettivo, al pari della abrogazione della norma giuridica da cui esso nasce, non può essere che l'effetto di un altra norma giuridica che ad essa si sostituisca togliendole la forza obbligatoria e l'autorità di cui prima era rivestita (art. 5 D. P. al cod. civ.): non mai della azione umana: essa non può essere se non il prodotto esclusivo della *volontà dello Stato*, espressa nel diritto obiettivo, non già o non mai della *volontà umana* e dell'opera individuale. La *violazione*, invece, o la *lesione* di un diritto subiettivo altro non può essere che il risultato della volontà e della azione individuale di un uomo, non mai l'effetto della volontà e dell'opera legislativa dello Stato. L'una consiste nel diniego della tutela giuridica anteriormente conceduta da una norma a un interesse o bene umano mediante una posteriore dichiarazione di volontà dello Stato; l'altra consiste, invece, nella restrizione o nel sacrificio di un interesse, nella diminuzione o sottrazione di un bene altrui attualmente protetto dal diritto obiettivo (danno in senso giuridico) mercè una determinazione di volontà e un'azione umana individuale. L'una produce sempre e necessariamente la perdita, cioè l'estinzione definitiva del diritto subiettivo: l'altra non porta punto come necessaria conseguenza la perdita o estinzione del diritto subiettivo, e quando pure eventualmente abbia per risultato la distruzione o cessazione totale o parziale del diritto stesso (p. e., in sèguito alla distruzione della cosa che è oggetto del diritto), questa non ha mai il carattere di una perdita definitiva e irreparabile: il diritto subiettivo, infatti, in sèguito alla violazione non si estingue in tutto o in parte se non per dar vita ad un nuovo diritto che per il suo valore economico rappresenta l'equivalente del diritto che si perde (conversione o trasformazione del diritto); es.: trasformazione del diritto di proprietà in un diritto al risarcimento del danno (cfr. retro n. 10). E non solo la lesione di un diritto non è abolizione del diritto, ma viceversa l'abolizione di un diritto subiettivo, non è affatto lesione del diritto stesso: giacchè l'atto legislativo, che stabilisce il diritto, non può mai essere il-

lecito e contenere la violazione di un diritto altrui (16). Infine: mentre l'abolizione di un diritto subiettivo, o meglio si direbbe, *dei diritti subiettivi* ha, come la norma giuridica da cui deriva, carattere *generale* ed *impersonale*, cioè non ha luogo mai soltanto a danno di un soggetto determinato, ma ugualmente e sempre a danno di *tutti i cittadini*: la violazione o lesione di un diritto ha sempre per risultato un danno ad un soggetto individualmente determinato: il soggetto, cioè, del singolo interesse o diritto subiettivo della cui violazione si tratta.

E che il diritto subiettivo, pur considerato nel suo elemento puramente formale (potere giuridico), sia esposto alla possibilità di essere violato da una azione umana (e da essa soltanto), può essere dimostrato anche positivamente. In vero il potere giuridico, in cui il diritto subiettivo consiste, non sta tanto, come sembra ritenere il Binding, nella *facoltà di agire* del soggetto attivo del diritto — facoltà che può esistere (p. e. diritti reali) e può anche mancare (p. e. diritti di credito) — quanto nella *pretesa*, che il soggetto attivo del diritto ha, a che altri (soggetto passivo del diritto) agisca o non agisca: esigenza, questa, che si riscontra necessariamente in ogni diritto. Il diritto subiettivo, quindi, come ben si comprende, non è in fondo altra cosa che il riflesso voluto dall'obbligo giuridico. Ma poichè quest'obbligo consiste nella *necessità psicologica*, in cui il soggetto passivo del diritto si trova, di *volere e di agire* secondo un *motivo* posto dall'ordinamento giuridico, — necessità che per sua natura può essere sentita e può anche non essere sentita dalla *volontà* del soggetto stesso, — così manifesta appare la possibilità, non pure di una trasgressione di un obbligo giuridico, ma altresì, e per ciò stesso, della violazione del diritto subiettivo ad esso corrispondente; e appare in pari tempo l'impossibilità che la violazione di un diritto subiettivo trovi la sua fonte altrove che nella *volontà* e nella *azione individuale* di un uomo. Chè anzi la " violabilità „ nel campo delle azioni umane, è tanto inerente alla natura del diritto soggettivo, inteso come

(16) Sull'abolizione dei diritti subiettivi per mezzo di un atto del potere legislativo e su l'impossibilità che un simile atto violi il diritto soggettivo altrui, vedi la mia: *Riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, Napoli, 1906, pp. 67-68; 193-196.

facoltà di esigere da altri una determinata condotta, da non potere il diritto soggettivo stesso venir concepito, se non vien concepita, in pari tempo, la possibilità della sua violazione. Il Binding stesso riconosce questa verità quando dice essere il reato una offesa del " *diritto* „ di obbedienza dello Stato. Perchè invero il diritto subiettivo dello Stato all'obbedienza dovrebbe poter essere offeso da una azione umana, mentre dovrebbero essere dalle azioni umane inviolabili tutti gli altri diritti subiettivi, dei privati e dello Stato?

Il Binding afferma tuttavia che anche nei casi in cui al reato è indispensabile l'offesa di un diritto subiettivo, diverso da quello di obbedienza (p. e., in materia di reati patrimoniali), non può l'offesa al diritto subiettivo essere altrimenti eseguita se non mediante una offesa al bene giuridico. In questa affermazione si contiene anzi tutto un equivoco, che giova mettere in luce, intorno al concetto del così detto " bene giuridico „, in quanto questo si considera come parte integrante di un diritto soggettivo. Il Binding, invero, confonde qui due cose che debbono essere, e sono, essenzialmente distinte: cioè il *bene* o l'*interesse* costituente l'*elemento materiale* del diritto soggettivo, con la *cosa* o la *persona* costituente l'*oggetto* del diritto medesimo, o, che è lo stesso, il contenuto o materia del diritto con l'oggetto del diritto (17). Contenuto o materia del diritto in senso soggettivo come anche in senso obiettivo, è, come è noto, lo *scopo* che il diritto garantisce; e poichè *scopo* non può essere che un *interesse*, e ogni *interesse*, non è che un *bene* sogget-

(17) Per la distinzione fra *contenuto* o *materia* del diritto e *oggetto* del diritto medesimo, vedi: Ahrens, *Naturrecht*, 6 Aufl., I, p. 338 e sgg. (dove afferma però non esattamente: " Gegenstand des Rechts uberhaupt ist jedes Gut, Gutseigenschaft oder Gutsverhältniss, für welches das Recht die Bedingungen der Erhaltung, Bildung oder des Erwerbes, Gebrauches, Umsatzes, Aufhörens zu normiren hat. Alles Recht ist dem Objekte nach Guterrecht „); Vanni, *Lezioni di filosofia del diritto*, Bologna, 1904, p. 140; vedi anche Kierulff, *Theorie des allgemeinen Civilrechts*, Altona, 1839, pp. 308-309 (dove molto precisamente indica come *pratico oggetto* del diritto gli oggetti corporei e le cose incorporee a cui si attacca l'interesse dell'autorizzato) e Waechter, *Württemb. Privatrecht*, II (1846), pp. 191-192. Non sembra ben distinguere, Neuner, *Wesen und Arten des Privatrechtverhältnisse*, Kiel, 1866 p. 9 e sg., il quale dice soltanto che ogni rapporto giuridico ha per fondamento di fatto la relazione di una persona con un *bene della vita*, con un interesse materiale o morale, alla cui realizzazione tende appunto il soggetto.

tivamente considerato, così può anche dirsi che il contenuto o la materia del diritto subiettivo è dato sempre da un " bene „ o da un " interesse „ umano a un bene dell'esistenza individuale o sociale: bene o interesse che in tanto è " giuridico „ in quanto forma appunto il contenuto di un diritto (18). Oggetto poi del diritto a differenza del suo *contenuto* è, invece, non già lo scopo (bene, interesse) dal diritto garantito e neppure, in proprio senso, l'oggetto della *pretesa* e dell'*obbligo giuridico*, cioè l'*azione* o *omissione* del soggetto passivo del diritto (obbligato) (19), bensì l'*oggetto* su cui cade la *facultas agendi* del soggetto attivo del diritto, l'oggetto materiale, cioè, su cui il volere può spiegare la sua signoria valendosene come mezzo per il raggiungimento del suo scopo.

L'oggetto materiale su cui si esercita il potere giuridico non deve confondersi con lo *scopo* al cui conseguimento il potere giuridico su quell'*oggetto* serve al soggetto di mezzo e che forma il *contenuto* o *materia* del diritto *subiettivo*. L'oggetto del diritto non può essere costituito che da una *cosa* del mondo esteriore o da una *persona*, diversa da quella del soggetto attivo del diritto. Il contenuto del diritto varia necessariamente col variare del diritto medesimo.

Ma qualunque sia il senso in cui si intende il " bene giuridico „ considerato in rapporto a un diritto subiettivo di cui faccia parte: s'intenda per esso (come noi intendiamo) il *contenuto* del diritto, ovvero (come impropriamente ritiene il BINDING). l'*oggetto* del diritto

---

(18) Nota bene a questo proposito il MERKEL, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart. 1889, § 7, p. 21, che a torto si parla di beni " *giuridici* „ come di oggetti della tutela giuridica, mentre i beni umani diventano beni giuridici appunto mediante questa tutela, sia essa di diritto privato o di diritto penale.

(19) Sul doppio significato che può assumere l'espressione " obietto di un diritto „ (obietto del diritto = cosa o persona su cui si esercita la facoltà di agire del soggetto attivo del diritto: così nei diritti reali e di famiglia; obietto del diritto = azione o omissione del soggetto passivo del diritto, cioè il contenuto dell'obbligo giuridico: così particolarmente nei diritti di credito, ma in genere in ogni diritto) vedasi: UNGER, *System d. österreichischen Privatrechts*, Leipzig, 1892, I, § 59, p. 459; SCHEURL, *Istitutionen*, 1855, § 41; GIERKE. *Deutsches Privatrecht*, Bd. I, Leipzig, 1895, §§ 29 e 31; e tra noi: CHIRONI, *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1904, p. 124 e sgg.; RAVÀ, *I diritti su la propria persona*, Torino, 1901, p. 126 e sgg.

medesimo, l'affermazione di questo autore che non possa l'offesa al diritto subiettivo essere altrimenti eseguita se non mediante l'offesa al bene giuridico, resta sempre o impropria (perchè troppo esclusiva) o inesatta. Il bene giuridico inteso nel primo senso l'affermazione del Binding è bensì vera, ma è vera, anche, l'affermazione inversa: cioè che l'offesa di un *bene* o *interesse*, che è giuridico in quanto costituisce il contenuto di un diritto subiettivo, non può essere altrimenti eseguita se non mediante una offesa al diritto subiettivo. Certo, ogni offesa di un diritto soggettivo contiene sempre in sè l'offesa di un bene o interesse giuridico: giacchè “ *bene giuridico* „ e “ *diritto soggettivo* „ — a parte lo scambio rettorico della parte (elemento materiale del diritto) col tutto (diritto soggettivo) — sono qui termini equivalenti. Ma non è solo l'offesa del bene giuridico il mezzo per offendere il diritto soggettivo, bensì anche l'offesa del diritto subiettivo il mezzo per offendere il bene o interesse. Dal momento che il diritto soggettivo, come pretesa o facoltà di un soggetto di esigere una altrui azione o omissione non è che il riflesso voluto dell'obbligo giuridico, dal momento che è appunto mediante l'imposizione a un altro soggetto di un obbligo giuridico di fare o di non fare che “ l'interesse „ del primo vien tutelato da una norma giuridica e così trasformato in un diritto soggettivo, come può altrimenti offendersi il “ bene o “ interesse „, diciamo pure, giuridico, se non mediante la violazione dell'obbligo giuridico, e per ciò stesso, del diritto subiettivo? Ma l'affermazione del Binding: non potersi offendere il diritto soggettivo se non offendendo il bene giuridico, appare addirittura *inesatta*, nel caso che per *bene giuridico* s'intenda l'*obietto* del diritto soggettivo. Solo il soggetto — persona fisica o persona giuridica — non già l'oggetto (— cosa o persona in quanto è assimilata a una cosa —) di un diritto soggettivo può, infatti, venir offeso da un'azione delittuosa, perchè solo l'uomo (considerato, non come oggetto, ma come soggetto) non già le cose nè gli animali bruti hanno *interessi* e beni che il diritto obiettivo può tutelare e l'azione umana può offendere.

Non solo, dunque, non è vero che non possa l'offesa di un diritto eseguirsi altrimenti che mediante l'offesa all'obietto del diritto medesimo (bene giuridico, nel senso del Binding): ma è vero l'opposto; cioè che l'offesa all'obietto di un diritto, ove fosse pur concepibile, non potrebbe in altro modo avvenire se non per mezzo

di una violazione del diritto subiettivo su la *cosa* (diritto reale) o su la *persona* (diritto su l'altrui persona) che ne costituisce l'oggetto. E che dire, d'altronde, di quei diritti subiettivi, — come, ad esempio, i così detti *diritti di personalità* (diritto alla vita, all'onore, alla libertà, ecc.) e le obbligazioni, di diritto privato e di diritto pubblico, i quali non consistendo in *facultates agendi* del soggetto attivo del diritto, ma in pure *pretese* o *esigenze* giuridiche ad un altrui determinato comportamento, mancano, naturalmente, altresì dell'*oggetto*, cosa o persona, su cui quel potere di volere e di agire si esercita, e altro *oggetto*, quindi, non hanno se non quello proprio della " pretesa „: cioè l'azione o omissione del soggetto passivo del diritto? — L'offesa di tali diritti, che ben possono dirsi " *diritti senza oggetto* „ nel senso proprio di questa parola, sarebbe, dunque, per il Binding, impossibile? La verità è che la cosa o la persona che forma oggetto del diritto subiettivo non è *per sè* e astrazion fatta dal soggetto del diritto, un " bene „ in senso *economico*, e tanto meno in senso *giuridico*: non è nè socialmente, nè giuridicamente, ma tutt'al più naturalmente un bene; e se può quindi esser distrutta e sacrificata nella sua esistenza materiale, non può tuttavia esser distrutta o diminuita nel suo *valore economico*, nè può tuttavia venire " offesa „ da una azione delittuosa. Dal punto di vista del diritto, in fatti, essa in tanto ha rilevanza in quanto appunto costituisce il *mezzo* di cui la *volontà* di un uomo si vale per il raggiungimento di un suo *scopo* e perciò per l'attuazione di un suo *interesse*. Ma non è al mezzo per sè medesimo, bensì al mezzo unitamente allo scopo, all'interesse costituente il contenuto del diritto subiettivo, che l'ordinamento giuridico riconosce il valore di " bene „ in senso giuridico (20): epperò è a questo, e non già a quello, che può recarsi offesa con la azione delittuosa. La persona umana come essere che pensa e sente, che

---

(20) Appunto perchè l'oggetto di un diritto subiettivo non è *per sè medesimo* (indipendentemente, cioè, dal *soggetto*) un *bene* nè in senso *economico*, nè in senso *giuridico*, appare scorretta la terminologia tradizionale del diritto privato, secondo la quale si designa appunto con la parola " *bene giuridico* „ *(Rechtsgut)* l'oggetto di un diritto subiettivo. A ragione, pertanto, il Bekker, *Pandekten*, vol. I, § 20, Beilage 1, osserva essere inesatto parlare di *diritti su beni immateriali*, mentre invece deve dirsi *diritti su cose incorporali*. Cfr. nello stesso senso: Ravà, *I diritti su la propria persona*, p. 198, nota 1.

vuole ed agisce, è veramente e soltanto il centro intorno a cui gravita tutto il sistema giuridico.

27. Così l'erronea e puramente formale nozione *del diritto subiettivo* porta il Binding ad una erronea, anzi addirittura deficiente, nozione del bene giuridico. Pel Binding, bene giuridico è tutto ciò che (*alles... was*) al legislatore preme assolutamente di mantenere indisturbato, tutto ciò che, dal suo punto di vista, è importante per la comunità giuridica, come condizione di sana vita della medesima, al cui inalterato mantenimento essa ha pertanto interesse, e che vien quindi tutelato mediante norme giuridiche. Ma *che cosa* sia importante per la sana vita della comunità giuridica, al mantenimento, inalterato e indisturbato, *di che* abbia essa, dal punto di vista del legislatore, interesse, che cosa ponga questi, mediante norme, al sicuro da non volute violazioni e pericoli, ecco quanto il Binding avrebbe dovuto dire, e non dice.

È dunque una definizione che manca del definito. Essa diventa poi una vera *definitio in circulo*, una vera tautologia, quando scendendo all'esemplificazione dei vari beni giuridici, afferma il Binding esser bene giuridico tutto ciò che forma oggetto di una azione delittuosa. Che cosa è che forma oggetto di una azione delittuosa? Il bene giuridico. Che cosa è il bene giuridico? Ciò che forma oggetto di una azione delittuosa. Il circolo è evidente. Nè a questi inconvenienti ovvia l'osservazione, fatta recisamente, se non precisamente, dal Binding, che cioè certi beni giuridici non possono essere assolutamente oggetto di un diritto soggettivo, mentre altri ve ne sono i quali effettivamente formano oggetto di tali diritti.

Che non ogni *Rechtsgut* sia anche *Rechtsobjekt* è verità che può non essere contestata (21), ma essa non ci dice ancora che cosa è il bene giuridico, ma piuttosto quello che il bene giuridico *non è* (oggetto di un diritto subiettivo). Che poi ogni *Rechtsobjekt* sia anche necessariamente un *Rechtsgut*, è cosa che varrebbe a spie-

---

(21) Essa può essere contestata soltanto nel senso di affermare a dirittura, come noi affermiamo, che il *Rechtsgut* non è mai *Rechtsobjekt*: neanche nel caso in cui entra a far parte di un *diritto soggettivo*, nel qual caso è giuridico, non in quanto *forma oggetto* del diritto soggettivo, ma in quanto costituisce l'*elemento materiale*, il *contenuto* del diritto stesso, in quanto per ciò è, esso stesso, un *diritto subiettivo*.

di una violazione del diritto subiettivo su la *cosa* (diritto reale) o su la *persona* (diritto su l'altrui persona) che ne costituisce l'oggetto. E che dire, d'altronde, di quei diritti subiettivi, — come, ad esempio, i così detti *diritti di personalità* (diritto alla vita, all'onore, alla libertà, ecc.) e le obbligazioni, di diritto privato e di diritto pubblico, i quali non consistendo in *facultates agendi* del soggetto attivo del diritto, ma in pure *pretese* o *esigenze* giuridiche ad un altrui determinato comportamento, mancano, naturalmente, altresì dell'*oggetto*, cosa o persona, su cui quel potere di volere e di agire si esercita, e altro *oggetto*, quindi, non hanno se non quello proprio della " pretesa ": cioè l'azione o omissione del soggetto passivo del diritto? — L'offesa di tali diritti, che ben possono dirsi " *diritti senza oggetto* " nel senso proprio di questa parola, sarebbe, dunque, per il Binding, impossibile? La verità è che la cosa o la persona che forma oggetto del diritto subiettivo non è *per sè* e astrazion fatta dal soggetto del diritto, un " bene " in senso *economico*, e tanto meno in senso *giuridico*: non è nè socialmente, nè giuridicamente, ma tutt'al più naturalmente un bene: e se può quindi esser distrutta e sacrificata nella sua esistenza materiale, non può tuttavia esser distrutta o diminuita nel suo *valore economico*, nè può tuttavia venire " offesa " da una azione delittuosa. Dal punto di vista del diritto, in fatti, essa in tanto ha rilevanza in quanto appunto costituisce il *mezzo* di cui la *volontà* di un uomo si vale per il raggiungimento di un suo *scopo* e perciò per l'attuazione di un suo *interesse*. Ma non è al mezzo per sè medesimo, bensì al mezzo unitamente allo scopo, all'interesse costituente il contenuto del diritto subiettivo, che l'ordinamento giuridico riconosce il valore di " bene " in senso giuridico (20): epperò è a questo, e non già a quello, che può recarsi offesa con la azione delittuosa. La persona umana come essere che pensa e sente, che

---

(20) Appunto perchè l'oggetto di un diritto subiettivo non è *per sè medesimo* (indipendentemente, cioè, dal soggetto) un *bene* nè in senso *economico*, nè in senso *giuridico*, appare scorretta la terminologia tradizionale del diritto privato, secondo la quale si designa appunto con la parola " *bene giuridico* " *(Rechtsgut)* l'oggetto di un diritto subiettivo. A ragione, pertanto, il Bekker, *Pandekten*, vol. I, § 20, Beilage 1, osserva essere inesatto parlare di *diritti su beni immateriali*, mentre invece deve dirsi *diritti su cose incorporali*. Cfr. nello stesso senso: Ravà, *I diritti su la propria persona*, p. 198, nota 1.

vuole ed agisce, è veramente e soltanto il centro intorno a cui gravita tutto il sistema giuridico.

27. Così l'erronea e puramente formale nozione *del diritto subiettivo* porta il Binding ad una erronea, anzi addirittura deficiente, nozione del bene giuridico. Pel Binding, bene giuridico è tutto ciò che (*alles... was*) al legislatore preme assolutamente di mantenere indisturbato, tutto ciò che, dal suo punto di vista, è importante per la comunità giuridica, come condizione di sana vita della medesima, al cui inalterato mantenimento essa ha pertanto interesse, e che vien quindi tutelato mediante norme giuridiche. Ma *che cosa* sia importante per la sana vita della comunità giuridica, al mantenimento, inalterato e indisturbato, *di che* abbia essa, dal punto di vista del legislatore, interesse, che cosa ponga questi, mediante norme, al sicuro da non volute violazioni e pericoli, ecco quanto il Binding avrebbe dovuto dire, e non dice.

È dunque una definizione che manca del definito. Essa diventa poi una vera *definitio in circulo*, una vera tautologia, quando scendendo all'esemplificazione dei vari beni giuridici, afferma il Binding esser bene giuridico tutto ciò che forma oggetto di una azione delittuosa. Che cosa è che forma oggetto di una azione delittuosa? Il bene giuridico. Che cosa è il bene giuridico? Ciò che forma oggetto di una azione delittuosa. Il circolo è evidente. Nè a questi inconvenienti ovvia l'osservazione, fatta recisamente, se non precisamente, dal Binding, che cioè certi beni giuridici non possono essere assolutamente oggetto di un diritto soggettivo, mentre altri ve ne sono i quali effettivamente formano oggetto di tali diritti.

Che non ogni *Rechtsgut* sia anche *Rechtsobjekt* è verità che può non essere contestata (21), ma essa non ci dice ancora che cosa è il bene giuridico, ma piuttosto quello che il bene giuridico *non è* (oggetto di un diritto subiettivo). Che poi ogni *Rechtsobjekt* sia anche necessariamente un *Rechtsgut*, è cosa che varrebbe a spie-

---

(21) Essa può essere contestata soltanto nel senso di affermare a dirittura, come noi affermiamo, che il *Rechtsgut* non è mai *Rechtsobjekt*: neanche nel caso in cui entra a far parte di un *diritto soggettivo*, nel qual caso è giuridico, non in quanto *forma oggetto* del diritto soggettivo, ma in quanto costituisce l'*elemento materiale*, il *contenuto* del diritto stesso, in quanto per ciò è, esso stesso, un *diritto subiettivo*.

gare la natura almeno di *certi* beni giuridici, se non fosse, come abbiamo visto, una affermazione assolutamente inesatta.

Nè il concetto che il Binding ha del bene giuridico diviene più preciso quando egli ci avverte che i beni giuridici, formino o no oggetto di diritti subbiettivi, possono appartenere o essere estranei, al mondo dei sensi; perchè ciò non spiega ancora in che modo il bene giuridico, materiale o immateriale che sia, si distingua dal diritto subiettivo, nel caso in cui di questo *non* costituisce l'oggetto. Che poi il bene giuridico si distingua dal diritto subiettivo per ciò che l'uno è effettivamente offendibile, e l'altro no, è cosa che già abbiamo dimostrato inesatta. Anche i diritti subiettivi, come i beni o interessi giuridici non costituenti diritti, possono essere oggetto di offesa, giacchè i beni o interessi in essi contenuti, non sono meno beni *giuridici*, per ciò che rivestono lo speciale carattere di diritti subiettivi: sono anzi i beni giuridici, intesi come a torto li intende il Binding, cioè come possibili *oggetti* di diritti, che — lo abbiamo detto — non sono, *come tali* e per sè stessi offendibili.

Concludendo, la nozione del bene giuridico, come quel " *qualche cosa* „ (*Alles... was...*) che alla comunità giuridica " *interessa* „ di mantenere illeso, e che il legislatore perciò tutela mediante norme giuridiche, è in Binding vaga e incerta, se non può dirsi addirittura che manchi assolutamente.

Che se, come il Liszt interpreta (22), ma come sembra il Binding medesimo escludere (23), bene giuridico è per quest'ultimo l'*interesse* stesso dell'ordinamento giuridico al mantenimento inalterato e indisturbato di questo *quid* (*Alles... was...*) che non si definisce e non si precisa, bisogna pur riconoscere che è assurdo concepire il bene giuridico come un bene *del diritto* o *dell'ordine giuridico* (24),

---

(22) Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, § 13, p. 54, nota 1.

(23) Binding, *Grundriss d. gem. deutsch. Strafrechts*, § 44, p. 103: " Obietto dell'offesa è non l' " *interesse* „ al " bene „, ma il " bene „ medesimo „.

(24) Così esplicitamente, fra i seguaci del Binding: Oetker, *Rechtsgüterschutz und Strafe* nella " Zeitschrift für die gesammte Strafrechtwissenschaft „, Bd. XVII, p. 495: " Rechtsgüter sind die vom Recht angestrebten Zustande „. V. anche di recente: Hegler, *Prinzipien des internationalen Strafrechts*, nelle " Strafrechtliche Abhandlungen „ pubblicate da Beling, Heft 67, Tübingen, 1906, p. 36 (" vorhandene Zustande „).

perchè questo, come tale, non può aver beni e interessi che son propri soltanto dell'uomo e della società umana (25).

E se poi per bene giuridico volesse intendersi appunto un bene o interesse, non *del diritto*, ma *della comunità giuridica*, *dello Stato*, bisognerebbe pur confessare che non è da questo scopo, da questo interesse sociale di tutela giuridica, considerato in sè indipendentemente dalla determinazione di ciò che alla società interessa che sia tutelato (— interesse unico e costante non ostante il variare dell'obietto sottoposto a tutela —) che può essere esclusivamente desunto l'oggetto, e per ciò stesso la natura e la specie, di una azione delittuosa (26).

---

(25) Nello stesso senso: Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, § 13, p. 54, nota 1, per il quale " bene giuridico non è un bene *del diritto* o *dell'ordine giuridico*, ma un bene *dell'uomo* riconosciuto e tutelato mediante il diritto ". Più esplicitamente dice il Merkel, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, § 7, p. 21: " Anche è da respingersi l'opinione che i beni giuridici siano, non i beni dei singoli o della comunità tutelati mediante il diritto, ma, invece, i beni del diritto stesso, unitamente al quale non si lasciano concepire con precisione ". Appunto perchè " bene giuridico " è, non un bene del diritto, ma un bene dell'uomo tutelato dal diritto, è poi un assurdo, come osserva lo stesso Merkel (*Lehrbuch*, § 7, p. 21), parlare di beni " *giuridici* " come di oggetti della tutela giuridica, giacchè è proprio mediante questa tutela giuridica, sia essa di natura privata o penale, che i beni umani diventano " beni *giuridici* " (cfr. anche retro, nota 18). Anche maggiore è l'errore in cui, su le traccie del Binding, cade l'Oppenheim, *Die Objekte des Verbrechens*, Basel, Schwabe, 1894, il quale (vedi specialmente pp. 151 e sgg., 255 e sgg.) distingue i *beni giuridici astratti* (vita, proprietà, ecc.) dai *beni giuridici concreti* (una determinata vita, una determinata proprietà, ecc.) e indica quegli *abstracta* come obietti di offesa κατ' ἐξοχήν come i veri *obietti di tutela (Schutzobjekte)*, cui contrappone gli *obietti dell'azione (Handlungsobjekten)* che sono dati appunto dai beni concretamente offesi. Contro questa opinione, vedi lo stesso Binding, *Grundriss d. gemeinen deutschen Strafrechts*, § 44, p. 103, il quale osserva che quelle generalizzazioni astratte (a cui così la teoria che la legislazione sono costrette) " sono spesso più comode che giuste ". " Ognuno, egli dice, deve guardarsi dal credere di avere così trovato un nuovo obietto del reato ". E così pure contro l'Oppenheim il Merkel, *Lehrbuch*, § 7, il quale si limita ad esclamare ironicamente (p. 21): " Questi beni dovrebbero essere ancora qualche cosa di " astratto "!

(26) Alquanto simile alla teorica del Binding, esposta e confutata nel testo, è la concezione che dell'obietto giuridico del reato incidentalmente manifesta un nostro eminente processualista, il Mortara. Secondo il Mortara (*Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, Vallardi, 3ª ediz., 1907.

n° 23, pp. 23-24): " un reato è, ordinariamente, un fatto anti-sociale, vale a dire contrario alle condizioni fondamentali della convivenza umana in relazione a un determinato stadio di civiltà, ma indipendentemente dalle particolari modalità della forma politica.... Per la specialità del suo carattere il reato viola insieme, secondo il MORTARA, il diritto individuale della persona offesa e quello pubblico che allo Stato appartiene. Il primo varia per qualità, secondo la specie del reato; l'altro è costante nella qualità, poichè un reato sempre offende nello Stato il diritto che gli appartiene, come organo della società, al mantenimento della convivenza civile da esso ordinata e guarentita: soltanto varia la qualità dell'offesa secondo la natura e le circostanze del reato ". Questa opinione, in quanto concepisce il reato come la immancabile violazione di un diritto individuale della persona offesa, variabile per qualità secondo la specie del reato, è stata già da noi confutata: nè giova qui ripetere le critiche altrove ad essa rivolte (cfr. *retro* n' 11-24). In quanto poi ritiene che il reato sia sempre altresì la violazione di un diritto pubblico dello Stato, costante nella sua qualità, al mantenimento della convivenza civile dallo Stato stesso ordinata e garantita, essa pecca di certa imprecisione. Che cosa è, infatti, questo diritto subiettivo dello Stato, di cui parla il MORTARA? Se è un diritto al mantenimento della convivenza civile *in quanto è ordinata e garantita dallo Stato,* esso non può concepirsi che come un *diritto all'osservanza del diritto*: e allora è manifestamente una superfetazione, giacchè non può il diritto tutelare sè stesso. E se poi esso ha per oggetto il mantenimento della convivenza civile, appunto per mezzo dell'ordinamento giuridico, esso, preesistendo a quest'ultimo, non è manifestamente un diritto soggettivo, cioè un potere *giuridico*, ma soltanto un *potere politico*: è la *sovranità* dello Stato. E come poi si spiega che, questo diritto rimanendo costante *nella sua qualità*, varii la *qualità* dell'offesa ad esso recata, secondo la natura e le circostanze del reato? Varierà forse la *quantità*, cioè la *gravità* del reato, non già la sua *qualità*, cioè la *specie* del reato medesimo.

D'altronde se il reato offende sempre per sua natura *due diritti subiettivi*, l'uno, individuale, della persona offesa, e l'altro, pubblico, dello Stato, esso dovrà necessariamente violare altresì contemporaneamente *due norme giuridiche*, perchè non v'è diritto soggettivo che non nasca dal diritto obiettivo. Quali sono queste norme giuridiche? Se si ritiene che una sia la legge penale *(nullum crimen sine lege poenali)*, l'altra norma non può che appartenere agli altri rami del diritto pubblico o privato. Il reato dovrebbe esser così sempre un fatto doppiamente illecito: dal punto di vista, cioè, del diritto penale e da quello degli altri rami del diritto: ciò che evidentemente non è sempre vero. E se poi si ritiene che quei due diritti che il reato insieme viola, siano ambedue fondati dalle norme del diritto penale, come può spiegarsi il fenomeno di una sola norma giuridica la quale crea, ad un parto, due diritti soggettivi, l'uno dello Stato e l'altro della persona offesa?

TITOLO II.

Teorie obiettive.

CAPITOLO I.

Teoria della violazione del puro diritto obiettivo.

§ 1. — *Esposizione della teoria.*

28. La dottrina italiana: Pessina, Buccellati, Civoli, Ferrini. — 29. La dottrina francese e belga: Villey, Haus, Garraud, Laborde. — 30. La dottrina tedesca. I critici di Feuerbach. Scrittori posteriori: Schütze, Haelschner, Unger, Zucker, Sjögren.

28. In contrapposto a quelle teoriche le quali concepiscono il reato come la violazione di un diritto subiettivo (— sia esso proprio della persona offesa dal reato e variabile per qualità con la specie del reato stesso, sia pure appartenente allo Stato e costante nella sua qualità —), stanno quelle teorie, secondo le quali il reato altro, invece, non sarebbe se non la semplice trasgressione di una *norma giuridica*, la pura violazione del *diritto obiettivo*, non accompagnata dall'offesa di alcun *diritto soggettivo* altrui, ma neppure dall'esercizio di un diritto subiettivo proprio dell'agente.

Il punto di partenza di queste teoriche è segnato, in Italia, dal Pessina. Per il Pessina il reato è " *quel fatto dell' uomo che la legge considera come infrangimento del Diritto* (nel senso di diritto razionale) *e che perciò essa vieta sotto minaccia di una punizione* „ (1).

---

(1) Pessina, *Elementi di diritto penale*, vol. 1, Napoli, 1882, § 36, p. 138. Che il Pessina, parlando di infrazione del Diritto, accenni al Diritto *razionale* e

Per ciò " il reato secondo la sua essenza ha per *obietto* il Diritto del quale esso è violazione. *Obietto generale* di siffatta violazione è il Diritto in sè medesimo; *obietto speciale* è poi quel determinato dettato che l'operare umano infrange. L'essenza intima del reato sta nel *jus frangere*; epperò l'*objectum*, quello che sta di rincontro al reato nel momento della sua apparizione è il Diritto nella sua autorità generale o in ciascuno dei suoi dettati... Il reato non ha per obietto il negare la religione, la scienza, la morale, l'industria, l'educazione dell' umanità e dell' individuo. Queste direzioni della umana destinazione possono essere obietto indiretto dell'operare il male, ma l'*obietto proprio diretto ed immediato* del reato è il Diritto, cui esso è ribellione, sostituendo all'imperio del Diritto sulla volontà dell'uomo il governarsi secondo la propria volontà in maniera contraddittoria ai dettati di esso. Il Diritto si riferisce alla religione, alla scienza, alla moralità, all'arte, all'industria, senza confondersi con niuna di queste cose; ma, procacciando a ciascuna di quelle direzioni dell'attività umana le sue condizioni esteriori di esistenza e di svolgimento, diviene Diritto della religione, Diritto della scienza, Diritto dell'industria, Diritto delle arti belle, Diritto dell'educazione. E il reato, nell'avere per obietto di negazione ciascuna di queste branche, viola in esse tutte il Diritto. Così parimenti nè l'*individuo*, nè la *società umana* è l'*obietto* del reato, ma il Diritto che assicura e protegge l'esistenza e lo svolgimento della vita umana, individuale e sociale " (2).

Ed altrove, meglio determinando il suo pensiero, così esprime

---

non al Diritto *positivo*, risulta dalla definizione stessa riportata nel testo, la quale non sarebbe altrimenti comprensibile (la legge non può considerare un fatto come infrazione di se medesima). Risulta altresì da quanto è premesso alla definizione (§ 36. p. 138) e da quello che ad essa segue (§ 45, pp. 151-152). La definizione del reato sopra accennata si trova riprodotta nelle più antiche come nelle più recenti opere del PESSINA (cfr. per quelle: *Trattato di penalità generale secondo le leggi delle Due Sicilie*, Napoli, 1858, § 24, p. 30; per queste: *Manuale del diritto penale italiano*, 2ª ediz., parte prima, Napoli, 1899, § 56, p. 63).

(2) PESSINA, *Elementi*, vol. I, § 37, p. 139. Nello stesso senso si esprime nel *Manuale del diritto penale italiano*, § 57, p. 63: " *Obietto* del reato è la *legge violata*. Il reato lede gli interessi individuali o sociali; e questa lesione costituisce il danno che il reato arreca; ma l'essere proprio che imprime la nota di reato in esso consiste nel momento giuridico al quale esso si contrappone e la sua *obiettività* è desunta dall'antitesi verso questo momento giuridico ".

il PESSINA il concetto, che egli ha, dell'obietto del reato: " Quello che fa sì che un'azione sia reato è la sua contraddizione al Diritto, il quale è per sè stesso una delle forme rivelatrici del bene. Il Diritto non è una entità composta dal mescolarsi dei doveri morali e degli interessi materiali, sicchè bisogni che dall'un canto si neghino doveri morali e dall'altro si ledano interessi materiali, perchè si neghi il diritto. Esso è in sè medesimo unità coordinatrice, vincolo armonico di tutti gli interessi. La perturbazione di quella armonia degli umani interessi che forma l'essenza propria del Diritto, è l'essenza propria della negazione del Diritto, è l'essenza propria del reato. In quanto il reato infrange il Diritto in alcuno dei suoi dettati, esso inchiude una offesa alla legge di moralità che governa le umane intenzioni ed è al tempo stesso una perturbazione materiale recata all'esistenza o all'attività di esseri giuridici; e questo duplice lato di male morale o di male materiale soggiace pure alla condizione della variabilità secondo le varie società o i varî stadî di civiltà in cui il reato apparisce. Ma il male del reato ha già una entità sua propria che nasce dalla contraddizione fra esso e l'ordine giuridico, o per meglio dire tra l'attività libera e la legge del diritto, che è la legge morale medesima d'innanti alla libertà dell'umano operare. E da ciò si deriva che l'*obietto* contro il quale mira il reato non è mai la legge pura di moralità delle intenzioni, nè l'interesse materiale puro (esistenza, proprietà, ecc.). Quello di cui il reato è la negazione è il Diritto stesso „ (3). " Ma il Diritto si va concretando nella legge, e la legge è chiamata per appunto ad essere la espressione impersonale del Diritto..... E però il dettato giuridico dal cui infrangimento deriva nell'azione umana la nota di reato, deve essere un dettato riconosciuto da legge positiva..... Non basta pertanto il dire che il Diritto sia stato violato, per aversi il reato; ma egli è necessario che il diritto sia stato violato in uno di quei dettati che la legge dello Stato riconosce e sanziona. Laonde non può esservi reità legale in una azione che infrange solo il Diritto razionale: la reità si avvera in quelle azioni che conculcano una legge positiva „ (4). Ma " egli è certo che non vi ha diritto contro il di-

(3) PESSINA, *Elementi*, vol. I, § 44, pp. 150-151.
(4) PESSINA, *Elementi*, vol. I, § 45, pp. 151-152.

ritto; epperò qualora un atto sia voluto dal Diritto, cioè da esso sia consentito od ingiunto, non potrebbe essere contrario al medesimo, non potrebbe essere negazione del Diritto „ (5).

Anche più deciso nell'escludere la concezione del reato come offesa di un *diritto soggettivo* e nel ritenerlo, invece, una pura offesa del *diritto obbiettico* è il Buccellati. Per il Buccellati " il reato è la *libera infrazione dell'ordine giuridico* „ (6), " mentre la *reintegrazione* ne costituisce la pena „ (7). E si noti che egli dice infrazione (e quindi reintegrazione) " *dell'ordine giuridico* e non *lesione di diritto*, perchè se l'azione civile si propone la riparazione del danno e quindi la reintegrazione del diritto privato, l'azione penale non tende all'individuo, ma alla società, e considera il fatto come *offesa all'istituto* non *soggettivamente*, ma *obiettivamente* „ (8). Tuttavia il reato, secondo il Buccellati, come secondo il Binding,

---

(5) Pessina, *Elementi*, vol. I, § 50, p. 158. Non è però da tacere che il Pessina in altri luoghi delle sue opere sembra smentire il concetto che *obietto del reato* sia unicamente *la legge violata* (o il diritto in senso obiettivo) per avvicinarsi invece, anch'egli, alla concezione del reato come violazione di un diritto subiettivo. Così, ad esempio, negli *Elementi*, vol. I, p. 37: " Il delitto è la *negazione del diritto*; ed una tale nozione abbraccia in sè così il lato della violazione dei nostri doveri come quello della *menomazione dei diritti* in alcuno degli esseri umani „ (V. anche *Elementi*, vol. I, § 48, p. 154; § 50, p. 158; *Manuale*, I, p. 68, *sub* 3). — Segue a un dipresso le traccie del Pessina il Napodano, *Il diritto penale italiano nei suoi principii*, Napoli, 1895, p. 61: " Gli obietti del reato sono: o la personalità umana (l'individuo, la famiglia, lo Stato, la società); o gli interessi umani (i commerci, le industrie, le arti, la morale, la religione). L'azione colpevole è immediatamente diretta contro di essi: ma poichè le persone e le cose sono enti(?) giuridici protetti e tutelati dal diritto (anche le cose?), *la obiettività vera del reato è il diritto*, il quale in una società bene ordinata è riconosciuto e sanzionato come *legge* „. Ma anch'egli sembra abbandonare poco dopo questa concezione per affermare che " i reati sono violazioni *di diritti diversi* „ (p. 61) o (contraddicendo a quest'ultima affermazione) che " l'ingiusto penale... è una violazione *del diritto* che hanno *tutti i cittadini* (meglio si direbbe *lo Stato*) alla sicurezza comune ed al mantenimento dell'ordine giuridico „ (p. 64) (il diritto al mantenimento dell'ordine giuridico, cioè del diritto obiettivo, non è che il diritto che tutela sè stesso).

(6) Buccellati, *Istituzioni di diritto e procedura penale secondo la ragione e il diritto romano*, Milano, 1884, n° 189, p. 111 (e n¹ 190-193); n° 142, p. 188.

(7) Buccellati, *Istituzioni*, n° 142, p. 158; e specialmente n° 741 e sgg., p. 355 e sgg.

(8) Buccellati, *Istituzioni*, n° 151, p. 91.

" non è per vero dire la *violazione della legge penale*, bensì la violazione della *norma*, a tutela della quale è stabilita una *sanzione penale*, sanzione che è l'unico contenuto della legge punitiva „ (9). Chè anzi non solo la violazione di un diritto subiettivo non è, per il BUCCELLATI, una caratteristica del reato, ma è, per l'opposto, una caratteristica del reato, che la distingue dal torto puramente civile, quella di non essere la lesione di alcun diritto soggettivo ma invece soltanto di una norma obiettiva. " Ciò che più importa, dice egli, infatti, si è di stabilire nettamente la differenza fra *lesione di diritto* (frase usata pur oggi di frequente per indicare il reato) e *lesione giuridica*. Il debitore che non paga, *lede un diritto*; il padre che non educa la prole manca ad un *dovere esigibile*; epperò i tribunali obbligheranno l'uno a soddisfare il proprio debito, l'altro a prestare le cure convenienti alla propria prole. Perchè non si applicheranno subito le pene? Per la presunzione che nè l'uno ha disconosciuto *il diritto* di obbligazione, nè l'altro *il dovere* paterno... Che se invece si oppongano avvertitamente *alla legge* con uno di quei fatti che sono a questo scopo designati dal codice, cioè il debitore con un falso e l'altro con l'abbandono di un infante, allora l'*istituto giuridico* è realmente leso con diretta intenzione e vi ha reato „ (10). Il reato pertanto " si riduce sempre a una *negazione di diritto* o *violazione di istituto giuridico* „ (11): nel che sta appunto la sua " *obiettività giuridica* „ (12).

Fra i più moderni e più espliciti sostenitori della concezione che vede nel reato una violazione del puro diritto obiettivo non già di un diritto soggettivo, è certamente da ricordarsi anche il

---

(9) BUCCELLATI, *Istituzioni*, n° 194, p. 113.

(10) BUCCELLATI, *Istituzioni*, n° 193, p. 112.

(11) BUCCELLATI, *Istituzioni*, n° 505, p. 255.

(12) BUCCELLATI, *Istituzioni*, n[i] 504 e 505, pp. 254-255. È però da notare che il BUCCELLATI si lascia qui sfuggire l'affermazione che l'oggettività giuridica del reato e quindi il criterio della classificazione dei delitti è la *diversità del diritto leso* (n° 504), con che manifestamente ricade nella concezione da lui combattuta (n[i] 151 e 193). E scrive anzi esplicitamente, che per lui torna lo stesso dire l'oggettività del diritto leso o dell'ordine giuridico infranto (n° 505) mentre, evidentemente, sono cose diverse. L'espressione " *ordine giuridico* „ è usata appunto, e giustamente, per evitare il dubbio a cui la parola " diritto „ dà luogo: cioè se si parli di diritto *oggettivo* o *soggettivo*.

Civoli, di cui ci son note le critiche rivolte alla contraria opinione (cfr. retro n. 10). " Un fatto, per costituire reato, deve sempre, secondo il Civoli, essere *ingiusto*, cioè contrario all'*ordine giuridico esistente in un dato paese*, non già alla *giustizia* concepita come una astrazione della mente e della quale quindi di fatto esiste una molteplicità di esemplari corrispondente alla varietà delle opinioni individuali, per quanto la si proclami informata a un tipo unico. L'*ordine giuridico* è un complesso di *norme* che sono talora espresse in una legge e talora dalla legge presupposte; essendovi leggi che impongono di fare una data azione o di astenersi dal farla e comminano una pena contro chi non obbedisca al loro disposto, ed altre in numero assai maggiore che si limitano a dichiarare qual pena dovrà infliggersi a chi commetterà una certa azione della quale esse per altro non vietano la perpetrazione o tralascierà di compiere un dato atto del quale non impongono però l'esecuzione. Anche dove, come presso di noi, la legge è l'unica fonte della pena, non è però esatto il dire che il reato è la *violazione della legge penale*, riducendosi questa in generale a dichiarare quali conseguenze giuridiche produrrà a carico di chi ne è dichiarato responsabile l'accertamento per parte del giudice di taluni fatti " (13). Il " carattere di ingiustizia " del reato sta dunque nella " opposizione ad una norma giuridica alla cui inosservanza sia collegata una pena o dal legislatore o da altro autorità dal legislatore fornite di un espresso mandato " (14), e " il delitto non consiste nella *violazione di un diritto soggettivo*, ma nella *trasgressione di una norma* che impone un determinato modo di agire " (15).

---

(13) Civoli, *Manuale di diritto penale*, Milano, 1900, n° 90, p. 262. Cfr. anche: *Lezioni di diritto penale*, parte prima, Torino, 1895, p. 161.

(14) Civoli, *Manuale*, n° 90, p. 263.

(15) Civoli, *Lezioni di diritto penale*, parte prima, p. 162; *Manuale*, n° 484, p. 1301: " ... il delitto propriamente non consiste nella *violazione del diritto* conferito dalla legge a colui che del delitto è vittima, ma nella *deviazione dalle norme di condotta* conformi alla coscienza giuridica popolare ed alle quali il legislatore tacitamente si riferisce nelle sue comminazioni penali ". È da osservare però che il Civoli non esclude tuttavia anch'egli che il reato (o meglio il delitto, non già la contravvenzione), insieme alla *norma giuridica*, offenda altresì, se non un diritto soggettivo, un *bene* o un *interesse* dalla norma stessa

Della stessa opinione è il Ferrini, per quanto egli tenda più ad offrire una interpretazione del concetto romano delle " *injuria* „ (16), che non una determinazione del concetto dello *illecito* penale secondo il diritto positivo vigente. " Il delitto — egli dice — è essenzialmente lesione di diritto. Quindi non v'è l'*oggetto* del delitto (e per conseguenza non v'è delitto) se manca la lesione giuridica. Questa manca naturalmente in tutti quei fatti in cui non esiste *alcuna norma contraria*: in quei fatti, cioè, che sono universalmente leciti (17). In sostanza tutti i casi in cui vien meno il delitto per assenza dell'elemento oggettivo si possono indicare con la formula che in essi l'agente ha esercitato un suo diritto „ (18). E non diversamente si esprime in un'altra sua opera: " Non vi ha delitto — egli ripete — se non vi ha offesa del diritto. Sia quindi il fatto per sè medesimo conforme al diritto, sia invece taluno volontariamente o no stato privato del suo diritto, non può ravvisarsi nell'atto carattere delittuoso „ (19). Ed espressamente avverte che parlando di offesa del diritto, o di fatto conforme al diritto intende la parola " diritto „ nel senso di " ordine giuridico „: " formola „ con la quale si evita la questione se per " azione con-

---

protetto. Ciò risulta dalla lettura di altri luoghi delle sue opere (Cfr. *Manuale*, n° 125 e sgg.; *Lezioni di diritto penale*, parte prima, pp. 161. 166 e specialm. 167: " Perchè un fatto costituisca reato... occorre che esso sia ingiusto, che offenda cioè o ponga in pericolo un interesse legittimo, oppure sia contrario a quelle regole di condotta che il legislatore vuole veder osservate, in vista dei pericoli e degli inconvenienti a cui altrimenti si andrebbe incontro „.

(16) Indubbiamente nel concetto romano della " *injuria* „ era soltanto l'idea di una *trasgressione o inosservanza della norma giuridica* (diritto in senso obiettivo, ordine o ordinamento giuridico, come oggi si dice), non anche quella della *violazione di un diritto soggettivo altrui*. Ulpiano, commentando la legge Aquilia, dice: " Iniuriam accipere nos oportet quod *non jure factum est, hoc est contra jus* „ (fr. 5. § 2, *Dig.* IX, 2). E Paolo nella *Collatio* (2, 5, § 1): " Generaliter dicitur injuria omne quod *non jure fit* „ (Cfr. lo stesso Ferrini, *Diritto penale romano*, Milano, Hoepli, 1899, pp. 156-157).

(17) Ferrini, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano* nella *Enciclopedia di diritto penale* del Pessina, vol. I (Milano, Soc. Ed. Libr., 1901) n° 54, p. 72.

(18) Ferrini, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, n° 55, p. 73.

(19) Ferrini, *Diritto penale romano*, Milano, 1899, p. 156.

forme o contraria *al diritto* „ si accenni al *diritto soggettivo* o al *diritto oggettivo* „ (20).

29. La concezione giuridica oggettiva dell'obietto della offesa delittuosa non manca neppure di convinti, per quanto non espliciti, sostenitori tra gli autori francesi e belgi. " Che cosa è il reato ? si domanda, ad esempio, il VILLEY. Gli uni hanno detto : è la *violazione di un diritto*. Altri : è la *violazione di un diritto esigibile*. Queste definizioni sono incomplete : se la violazione del dovere o del diritto non è preveduta e punita dalla legge penale, non c'è reato. Altri hanno ripresa e completata la definizione del codice del 3 brumaio anno IV : il reato consiste nel fare ciò che le leggi proibiscono o nel non fare ciò che esse ordinano sotto pena di un castigo. — Ma l'uomo che uccide il suo aggressore per diritto di difesa : l'esecutore delle alte opere che fa cadere sulla ghigliottina la testa del condannato, non commettono un reato : tuttavia l'omicidio è proibito dalla legge sotto pena di un castigo. Il reato è *ogni azione o omissione contraria a un comando imposto dalla legge sotto una sanzione penale e che non si giustifica a causa dell'esercizio di un dovere o di un diritto* „ (21). E come pel VILLEY, così per l'HAUS " si intende per reato la *violazione di una legge penale*, l'azione o l'inazione che la legge colpisce di pena „, non già la *violazione di un diritto*, il quale può essere o può non essere l'oggetto di un'offesa delittuosa. " Se ogni persona fisica o morale — dice infatti l'HAUS (22) — può essere il soggetto passivo di un reato, non ne segue affatto che i delitti possono commettersi soltanto verso *persone*, vale a dire esseri capaci di *avere diritti in società*. Infatti, l'interesse alla sua conservazione ed al suo benessere conferisce allo Stato il diritto e gli impone anche il dovere di reprimere non soltanto i fatti che l'attaccano direttamente nella sua esistenza, nelle sue istituzioni o nel suo patrimonio, non

---

(20) FERRINI, *Diritto penale romano*, p. 157 e nota 2.

(21) VILLEY, *Précis d'un cours de droit criminel*, Paris, 1876, pp. 61-62.

(22) HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, Gand-Paris, 1869, n° 222, p. 152. Nello stesso senso : TREBUTIEN, *Cours élémentaire de droit criminel*, t. I, Paris, 1854, pp. 72-73; BERTAULD, *Cours de Code pénal*, 2ª ediz., Paris-Caen, 1859, p. 117.

soltanto quelli che attentano alla persona ed ai beni dei privati, ma anche gli atti che, sia per l'offesa che arrecano alla fede pubblica, all'ordine delle famiglie o alla moralità pubblica, sia per il pericolo che ne risulta e l'allarme che essi diffondono, turbano l'esistenza pacifica e regolare del corpo sociale. Per questa ragione la legge punisce una quantità di reati anche quando essi non hanno portato danno a nessuno: come i falsi in scrittura, la falsa moneta, il falso giuramento, le minaccie di attentati contro la persona e la proprietà, l'associazione di malfattori, i tentativi di crimini o di delitti. Per la stessa ragione la legge reprime i delitti diretti contro esseri *incapaci di aver diritti* „ (23). Ugualmente la violazione di un diritto soggettivo non pare una caratteristica essenziale del reato al GARRAUD, che lo definisce semplicemente come " un fatto precedentemente ordinato o proibito *dalla legge* sotto la sanzione di una pena propriamente detta e che non si giustifica per l'esercizio di un diritto „ (24). L'elemento della *ingiustizia* che insieme alla proibizione sotto sanzione penale da parte di una legge (*elemento legale*) nonchè all'elemento *materiale* e all'elemento *morale* concorre, secondo il GARRAUD, a dare ad un fatto il carattere di reato (25), non consiste dunque per lui nella violazione di un diritto altrui, ma semplicemente nel non esercizio di un proprio diritto soggettivo o nel non adempimento di un proprio dovere giuridico. " L'atto che costituisce il reato, egli dice, non è incriminato se non in quanto ha avuto luogo violando il diritto. La pena non è pronunciata se non per proteggere la sfera giuridica di attività di ciascuno di noi. Ora un fatto, benchè rientrante nella definizione legale di un delitto, benchè eseguito con intelligenza e volontà, può non essere criminoso perchè l'agente aveva il *diritto* o anche il *dovere* di compierlo „ (26).

Identico è il concetto del LABORDE. Anche per lui il reato è un

---

(23) HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, n° 232, pp. 160-161.

(24) GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 2ª ed, t. I, Paris, Larose, 1898, n° 90, p. 164. La stessa definizione trovasi riprodotta nel *Précis de droit criminel*, 7ª ed., Paris, Larose, 1901, n° 42, p. 55.

(25) GARRAUD, *Traité de droit pén. franç.*, t. I, n° 20, p. 39-40; n° 90, p. 164-168; n° 114, p. 217. V. anche: *Précis de dr. crim.*, n° 63, p. 79.

(26) GARRAUD, *Traité de dr. pén. fr.*, t. I, n° 294, p. 564; cfr. anche: *Précis de dr. crim.*, n° 143, p. 200.

fatto materiale risultante dalla violazione di una legge penale e che non si giustifica per l'adempimento di un dovere o per l'esercizio di un diritto „ (27) e — a parte l'elemento materiale e l'elemento morale, di cui qui non importa discorrere — si compone di due elementi essenziali: l'elemento *legale* che consiste nella violazione della *legge penale* che incrimina e punisce un fatto o una astensione: l'elemento *ingiusto* fornito dall'assenza di ogni dovere o di ogni diritto che altrimenti giustificherebbe la violazione della legge penale (28).

30. Ma è sopra tutto in Germania che la concezione del reato come offesa del solo diritto obiettivo ha trovato il maggior numero di fautori espliciti e coscienti. Fra i più antichi sono il Thibaut, il Mittermayer, il Birnbaum, il Rosshirt nelle loro critiche al Feuerbach (29), fra i più recenti, lo Schütze (30). Tuttavia il più forte sostenitore della teoria che vede nel reato la violazione, non già di un diritto subiettivo, ma invece soltanto del diritto obiettivo, è senza dubbio l'Haelschner, a cui spetta il merito non solo di aver messo in luce che non ogni reato costituisce la violazione di un diritto soggettivo proprio della persona offesa, ma di aver dimostrato altresì che la tutela del diritto penale non si esplica già nella consacrazione di diritti subiettivi nei singoli portatori dei beni offesi dai reati e tutelati dalle pene: onde è ai suoi fini indifferente l' eventualità che il bene direttamente leso abbia — oppur no — il carattere di un diritto subiettivo. Per l'Haelschner — di cui giova riportare testualmente le parole — “ il reato appare infatti nel suo contenuto come una offesa di diritto avente una propria conformazione e differente da tutte le altre forme di illecito. Ma poichè il diritto raggiunge la sua ultima apparizione, nella quale, d'altronde, esso è attaccabile dalla

(27) Laborde, *Cours de droit criminel*, Paris, Rousseau, 1898, n° 55, p. 36.

(28) Laborde, *Cours de dr. crim.*, n° 56, pp. 36-37; n° 61, p. 40 e segg.; 162, p. 104 e segg.

(29) Cfr. le citazioni retro note 30 e 34 al n° 9 del § 2°, capo 1°, titolo I.

(30) Cfr. Schütze, *Die Nothwendige Theilnahme am Verbrechen*, Leipzig, 1869, p. 64; *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 2ª ed., Leipzig, 1874, p. 98, per cui obietto (giuridico) del reato è l'*ordine giuridico* stesso, non già (*Nothwendige Teilnahme*, p. 79) un diritto soggettivo.

azione delittuosa soltanto nella forma di diritti, di beni giuridici, così il reato presuppone, in tutti i casi, come obbietto della offesa, un tale bene giuridico. Possibili oggetti del reato sono perciò anzi tutto, i diritti e le facoltà pertinenti ad un determinato subietto di diritto. Ma non sono esclusivamente queste facoltà quei beni morali cui il diritto ha da concedere la sua tutela, e questo non oltrepassa i limiti della sua sfera, quando concede tutela giuridica penale a beni morali i quali non sono oggetto di una autorizzazione subiettiva e vieta con pena azioni immorali le quali non sono offese di diritto, considerando come una specie di queste l'offesa di una facoltà appartenente ad un concreto soggetto di diritto. La legislazione penale ha assai spesso liberamente oltrepassato i suoi limiti ; e ciò fa quando essa costringe a far da contenuto di un diritto o di un obbligo coattivo ciò che ha, e può avere per regola, soltanto un valore morale ; quando essa sottopone a pena la immoralità per sè stessa e costringe la moralità dell'individuo mediante prescrizioni penali. Decisiva per i limiti fino ai quali è da punire l'immoralità, è così la questione : se l'adempimento di un obbligo imposto mediante un precetto penale, sia pur privo di valore morale per l'individuo a cui tocca, abbia tuttavia un valore morale per gli altri e per la formazione morale della vita comune, come necessaria condizione di questa. Quando, pertanto, la legislazione penale reprime con pena delitti il cui obietto è la costituzione morale della famiglia, l'organismo economico della società, o che si dirigono contro la morale e la religione, essa rimane, con ciò, dentro i suoi propri confini, poichè essa fa ciò, non per punire, come tale, la immoralità o la irreligiosità del colpevole, ma perchè è in quanto essa si spinge a concedere a istituzioni e beni morali la necessaria tutela giuridica penale, per volontà degli altri e di tutta la società. Ma in pari tempo non avviene, con ciò, nulla di diverso da quello che avviene in ognuno dei casi in cui vien conceduta la tutela del diritto penale ad una autorizzazione subiettiva ; poichè, da una parte, non si concede nessuna autorizzazione — la quale non sarebbe attribuita all' autorizzato per ciò solo che essa è una esterna e necessaria condizione della vita morale, un bene morale che abbisogna di una esistenza giuridicamente assicurata, indipendentemente dall'arbitrio del singolo — ; e, d'altra parte l'adempimento dell'obbligo imposto soltanto mediante il precetto della legge pe-

nale è, per l'agente stesso, completamente privo di valore, sia che si tratti dell'obbligo di lasciare inviolata l'altrui proprietà, sia che si tratti dell'obbligo di non turbare, mediante l'incesto, la compagine morale della famiglia. È indifferente quale bene morale sia quello che, mediante la tutela giuridica penale ad esso conceduta, appare come un bene giuridico, è indifferente chi appaia come portatore del bene giuridico; se l'uomo, o un rapporto di comunità umana, il quale — come le corporazioni giuridiche private, le corporazioni giuridiche pubbliche, lo Stato — vien trattato dal diritto come una unità, come un autonomo subietto di diritti, o — come la famiglia, la società — non viene come tale trattato: certo è l'offesa punibile ad un qualche bene giuridico, in tutti i casi, offesa di diritto „ (31). Chè anzi, per l'HAELSCHNER, non solo non è una caratteristica essenziale del reato quella di essere la violazione di un diritto soggettivo, ma è tutto al contrario una sua eminente particolarità che lo distingue da ogni altra specie di azione illecita, quella di non offendere affatto un diritto soggettivo di una persona. Secondo HAELSCHNER, infatti, mentre il torto punibile deve essere una aggressione immediata contro l'ordine giuridico; il torto solamente privato o civile appare, invece, come “ una offesa di puri diritti soggettivi „ la quale sta in antitesi con l'ordine giuridico soltanto mediatamente, e cioè, mediante l'offesa della volontà autorizzata (32). Opinione, quest'ultima, che è condivisa dall'UNGER (33), dallo ZUCKER (34) e dal SJÖGREN (35)

---

(31) HÄLSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, Bd. I (*Die allgemeinen Strafrechtlichen Lehren*), Bonn, 1881, § 180, pp. 450-452: vedi pure: *System des preussischen Strafrechts*, Bd. I, Bonn, 1858, p. 219 e segg.

(32) HÄLSCHNER, *System des preussischen Strafrechts*, Bd. I, Bonn, 1858, p. 1 e segg.; *Die Lehre vom Unrechte und seinen verschiedenen Formen*, nel “ Gerichtssaal „, anno 1869 (Bonn, 1869), pp. 11, 81 (dove però (p. 17) si riconosce essere sempre il torto giuridico (anche privato) negazione altresì del diritto oggettivo); *Das gemeine deutsche Strafrecht*, Bd. I, Bonn, 1881, § 4, p. 15 e segg., specialmente p. 30 e segg. V. già in questo senso: KANT, *Metaphisische Anfangsgründe der Rechtslehre* (Rosenkranz, IX Th.), p. 180; HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, 1821, § 84 e segg.

(33) UNGER, *System des österreichischen allg. Privatrechts*, Leipzig, 1892, Bd. II, § 109.

(34) ZUCKER, *Civil und Criminalunrecht* nella “ GRUNHUT's Zeitschrift für d. privat und öffentliches Rechts der Gegenwart „, Bd. IX, 1882, pp. 492-504.

(35) SJÖGREN, *Zur Lehre von den Formen des Unrechts und den Thatbeständen der Schadenstiftung* nei “ JHERING's Jahrbücher f. die Dogmatik des heutigen rö-

pei quali pure il reato si distingue dal torto civile per ciò che il primo è violazione del diritto obiettivo, dell'ordine giuridico in sè e per sè considerato; il secondo è, invece, violazione di un diritto soggettivo, non già del diritto obiettivo.

§ 2. — *Valutazione critica della teoria.*

81 Inesistenza di un diritto *naturale* o *razionale* la cui violazione costituisca il reato: ogni reato è infrazione di una norma del diritto positivo. — 82. Indeterminatezza, nella teorica in questione, delle norme di diritto obiettivo la cui pura violazione costituirebbe il reato. La teoria non risolve comunque se non *negativamente* il problema dell'oggetto del reato. Errori in cui, come tale, esso incorre: *a)* Disconoscimento della natura del diritto (e anche del diritto penale) come *organo di tutela di interessi* e *sistema di relazioni sociali*. Ogni fatto illecito, e anche il reato, è violazione di interessi, di beni, e di rapporti della vita sociale. — 83. *b)* Disconoscimento dell'indissolubilità del momento obiettivo dal momento subiettivo del diritto. Ogni fatto illecito, e anche il reato, viola non soltanto il diritto obiettivo, ma anche obblighi giuridici e diritti soggettivi, cioè, rapporti giuridici. — 84. Il torto civile non è violazione di puri diritti soggettivi, come non è il reato violazione del puro diritto obiettivo. Inesistenza di diritti soggettivi senza diritto oggettivo e di violazione degli uni senza violazione dell'altro.

31. Questa teoria, che vede nel reato la pura violazione del diritto obiettivo, è meritevole, anch'essa, di serie critiche. Che si intende, anzi tutto, per diritto obiettivo? Se per esso si intende, come fa il Pessina, non l'ordinamento giuridico positivo e vigente, ma il diritto puramente *razionale* (o naturale, o ideale), la concezione è, certamente, inesatta: in primo luogo, per la perentoria ragione che un diritto in senso razionale o naturale o ideale non si può ammettere e non esiste: poi, perchè se anche fosse concepibile un diritto razionale e (ciò che è ancor discutibile) una sua violazione, la semplice offesa di tali leggi della ragione, della natura o dell'idea non costituirebbe certo, come riconosce lo stesso Pessina, un reato; reati essendo soltanto quelle azioni che sono espressamente prevedute, come tali, dalla legge positiva vigente

---

mischen und deutschen Privatrechts „, Bd. XXXV, p. 357 e segg. (dove si sostiene inoltre che il “ bene „ in tanto diventa bene “ giuridico „ in quanto sia violato (cfr. p. 377: “ Das Leben, die Freiheit die Ehre u. s. f. haben, insoweit sie durch das Strafgesetz geschützt sind, den Character eines Rechtsgutes nur wenn und soweit sie durch Normübertretung verletz werden „): ciò che è una idea che inverte, come ben si comprende, la realtà delle cose.

e da essa minacciate di pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege*: art. 1° cod. pen. it.).

32. Scartato, dunque, il concetto del reato come infrazione di un diritto puramente razionale e riconosciuto, invece, che non v'ha reato, che non infranga un dettato del diritto positivo, dell'ordine giuridico vigente in uno Stato determinato, la questione si riduce pertanto sempre a sapere se, ad aversi il reato, basti, oppur no, la violazione del diritto positivo inteso nel suo senso puramente obiettivo. Coloro i quali ritengono essere il reato una pura violazione del diritto obiettivo, hanno anzi tutto il torto di non precisare il concetto medesimo che vien da essi difeso. È il reato, per essi, la violazione di *singole norme* del diritto positivo, o dell'*ordine giuridico nel complesso delle sue norme*? (36). E la violazione di norme giuridiche proprie degli altri rami del diritto, privato o pubblico, che non sia penale (37), o è violazione di norme proprie del diritto penale? (38). E quale è, in ogni modo, il rapporto fra la legge penale e le altre norme, private o pubbliche, legislative o consuetudinarie, nella determinazione della illiceità delle azioni punibili e delle conseguenze giuridiche penali che nascono da queste azioni? (39). E, in fine, è il reato violazione di una norma, quale risulta, anche implicitamente e indirettamente, da una legge — come avviene del delitto civile (40) — o è violazione di un imperativo, espressamente e formalmente contenuto in una legge? (41). Evidentemente, il rispondere a queste domande

---

(36) Come ritiene, ad esempio, il BELING, *Grundzüge des Strafrechts*, 3ª ed., Tübingen. 1905, § 10, p. 14, secondo il quale per vedere se l'azione umana è giuridicamente illecita (s'intende dal punto di vista del diritto penale) è necessario confrontarla non con una singola norma, ma con l'ordinamento giuridico complessivamente considerato.

(37) Come ritengono, ad esempio, il BINDING e il BELING (citato retro nº 17 e note relative).

(38) Secondo che ammette, p. e., il WACH (citato retro nº 17 e nota relativa) e noi stessi.

(39) Per questa questione cfr. retro testo, nⁱ 16-21.

(40) Cfr. BRUNETTI, *Il delitto civile*, Firenze, 1906, § 33, pp. 79-80.

(41) In quest'ultimo senso non dubbio (poichè non soltanto *nulla poena* ma anche *nullum crimen* si dà senza legge) vedi: LISZT, *Die Deliktsobligationen im System des bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin, 1898, § 1, II, pp. 4-5 e KÜHLENBECK, *Von den Pandekten zum bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin, 1899, II, § 54, pagine 355-356.

è un preliminare indispensabile, non solo per potere ammettere, ma anche per poter negare, che il reato sia la violazione di un diritto soggettivo; perchè se il diritto oggettivo, come non è dubbio, costituisce il *prius* e il diritto soggettivo il *posterius*, se questo è con quello in un rapporto di discendenza (v. più oltre n. 34) per poter sapere se c'è un diritto soggettivo violato, e quale è questo diritto, bisogna sapere se c'è una norma giuridica violata, capace di crearlo, e quale è questa norma.

Ritenendo pure, come noi riteniamo, e come sembrano ammettere gran parte degli autori la cui opinione stiamo qui esaminando (42), che la norma giuridica violata dal reato sia una norma di diritto penale, o più precisamente, il comando o il divieto penalmente sanzionato, epperò contenuto nella legge penale, si tratta dunque di sapere se il reato consiste nella semplice disobbedienza, nella mera trasgressione di questo comando o divieto sanzionato sotto minaccia di pena, o se a questa trasgressione non si accompagni necessariamente la violazione di *qualche altra cosa* che costituisce appunto l'*obietto* della tutela giuridica penale, da un lato, e dell'offesa delittuosa, dall'altro. Noi non esitiamo a dire che la concezione del reato come pura offesa di un comando o divieto del diritto penale obiettivo, è una concezione ad un tempo incompleta ed inesatta. Essa ha anzi tutto il torto di non risolvere il problema relativo all'obietto del reato e della tutela penale. Ciò che si domanda — in fatti — è: che cosa sia ciò che il diritto penale, mediante i suoi precetti e le sue sanzioni, giuridicamente tutela contro le azioni delittuose, e, quindi, che cosa sia ciò che il reato lede o minaccia. A questa domanda, la teoria in questione non risponde, giacchè essa ci dice soltanto che il reato viola — ciò che è ben naturale — una norma giuridica, un comando o un divieto del diritto penale obiettivo, ma non ci dice già che cosa questa norma protegge, che cosa mai, oltre la norma e al di fuori essa, offende il reato. Al più, essa risponde a quella domanda in modo tutt'affatto negativo, negando, cioè, l'esistenza di un obietto offeso dal reato e tutelato dalla pena. In tal senso negativo intesa, la teoria in questione, oltre a non risolvere il problema dell'ob-

(42) Così il Civoli, il Villey, l'Haus, il Garraud, il Laborde, l'Hälschner (op. cit., l. c.); non così il Buccellati (op. cit., l. c.).

biettività giuridica del reato, pecca altresì di un insanabile vizio: quello, cioè, di offrire una concezione puramente *formale* del reato e del diritto penale. Essa pecca di *formalismo* perchè disconosce la *funzione di tutela e di garanzia* che il diritto in generale, e il diritto penale in ispecie, esercita sugli interessi o beni umani della vita sociale, e quindi la natura propria del diritto, ed anche del diritto penale, di essere, oltre che un *complesso di imperativi* e di *massime ipotetiche*, altresì un *sistema di relazioni sociali* giuridicamente ordinate e coordinate. In vero, il diritto in genere, e il diritto penale in ispecie, benchè abbia un lato *formale*, non è tuttavia pura *forma*, come a torto ritiene lo STAMMLER (43). Esso ha anche un *contenuto*, che è dato appunto dagli *scopi*, dagli *interessi* umani e dai *beni* della vita, individuali e sociali, che esso è chiamato a tutelare con l'imporre *motivi*, e quindi *obblighi*, alla *volontà* e all'*azione* umana, perchè si astenga dal portare offesa o minaccia a quegli interessi. Esso ha anche una *materia*, un campo proprio su cui agisce e a cui si applica, che è dato dalle *relazioni umane*, dai *rapporti di vita sociale* che essa è chiamata a giuridicamente *ordinare* mediante i suoi imperativi. Il reato, dunque, in quanto è una azione contraria a una norma del diritto penale obiettivo, non può a meno di costituire altresì l'offesa di un " *interesse* „ e di un " *rapporto della vita sociale* „: l'interesse, cioè, che la norma protegge, il rapporto che la norma stessa regola: ciò che costituisce appunto il *lato sostanziale*, il *contenuto sociale* del reato.

33. Ma costituirà il reato sempre, altresì, la violazione di un *diritto soggettivo* e di un *rapporto giuridico*, al modo stesso con cui è la violazione di un *interesse* e di un *rapporto della vita* umana sociale? Non dubitiamo di affermarlo. Se, in fatti, è vero che il reato è una azione contraria a una norma del diritto penale oggettivo; se ogni norma giuridica contiene un comando o un divieto; se ogni comando o divieto genera un *obbligo* o *dovere giuridico*, è, in tanto, certo che non può il reato violare una norma giuridica senza che a tal violazione si accompagni altresì la *violazione di*

(43) STAMMLER, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, Leipzig, 1896, p. 203, 2ª ed., Berlin, 1906.

un obbligo giuridico. Bisogna dunque sapere se all'obbligo giuridico, di fare o di non fare, creato in un soggetto da una norma del diritto penale obiettivo, corrisponde, o no, in un altro soggetto, una pretesa giuridica a che egli faccia o non faccia, cioè un diritto soggettivo; di tal che, quello violando, resti necessariamente violato anche questo. E anche a questa domanda si deve rispondere affermativamente. Le norme giuridiche, in vero, a differenza di altre norme di condotta, non hanno natura unilaterale, ma bilaterale o interpersonale: esse non si rivolgono a un soggetto isolato, ma sempre a due o più soggetti, nelle loro relazioni reciproche. Soprastruttura della vita sociale, il diritto, e anche il diritto penale, non fa che dar *forma giuridica* a una *materia* che essa, senza dubbio, non crea, e trova, invece, nella vita sociale, ma senza la quale diverrebbe appunto una forma senza sostanza, una impronta senza materia, uno scheletro senza corpo. Ma come la vita sociale è vita *di relazione*, così anche il diritto ha natura di relazione: è un sistema di relazioni sociali. Comandando o vietando, imponendo motivi, e quindi obblighi, alla volontà o all'azione umana, l'ordine giuridico, di cui il diritto penale fa parte, trae dall' " interesse „ il " diritto soggettivo „ dal " rapporto di vita sociale „ il " rapporto giuridico „. Come nel campo del diritto in genere, così in particolare in quello del diritto penale, a ogni obbligo giuridico di un soggetto corrisponde, quindi, necessariamente, in un altro soggetto, una pretesa giuridica, cioè, un diritto soggettivo: ciò che costituisce appunto un rapporto giuridico. In quanto viola una norma del diritto penale obiettivo, epperò il dovere giuridico, da esso fondato, non può dunque il reato non violare altresì un rapporto giuridico, epperò un diritto soggettivo di una determinata persona, fisica o giuridica. Si potrà negare, come noi abbiamo negato, che il diritto penale sia atto a creare diritti soggettivi nei singoli offesi dai reati, individui o collettività che siano; e si potrà ammettere, invece, che dai precetti giuridici penalmente sanzionati altri diritti soggettivi non discendano se non quello di obbedienza politica proprio dello Stato. Si potrà, per conseguenza, negare, come noi abbiamo negato, che il reato sia la violazione di un diritto soggettivo, pertinente alla persona offesa dal reato e variabile per qualità con la specie del reato stesso, e ritenerlo, invece, la violazione di un diritto soggettivo dello Stato, unico e costante nella sua qualità. Ma non si può negare che le norme del diritto penale,

al pari di ogni altra norma giuridica, siano atte a creare, in genere, diritti soggettivi: nè che i reati, che queste norme violano, contengano anch'essi sempre l'offesa di un diritto soggettivo, e non soltanto del diritto obiettivo. Con ciò non vuol dirsi affatto che ogni *interesse umano* della vita, individuale o sociale, per ciò solo che è dal diritto protetto, costituisca un diritto soggettivo; nè in particolare vuol dirsi che costituiscano diritti tutti i singoli interessi offesi dalle varie specie di reati, per ciò solo che sono dal diritto penale protetti. Certo è, invece, che non ogni *interesse giuridico* è un *diritto soggettivo*; che diritti soggettivi sono soltanto gli *interessi* giuridicamente protetti dal diritto obiettivo con riferimento alla *volontà* di un *soggetto determinato* (soggetto attivo del diritto) e che tali non sono sempre gli interessi offesi dalle singole specie delittuose; onde ben è possibile, come rilevano l'HAUS e l'HAELSCHNER, essere *soggetto passivo di un reato* senza essere *soggetto attivo di diritti* (esempio: l'uomo prima della nascita e dopo la morte, le associazioni prive di personalità giuridica, la famiglia, la società, in quanto si consideri non personificata nello Stato, ecc.). Ma ciò non smentisce, per altro, il principio della correlazione fra obbligo giuridico e diritto soggettivo nè per conseguenza la inseparabilità dell'inadempimento dell'uno dalla violazione dell'altro nel concetto del reato, come di ogni altro torto giuridico. Le due affermazioni sono, invece, conciliabilissime. In realtà quando c'è (o sembra esserci) un *interesse* protetto dal diritto, non subiettivamente, ma obiettivamente, cioè senza riferimento ad alcun soggetto determinato, ciò è perchè vi è sempre un altro *interesse*, di natura pubblica e sociale, e quindi un altro soggetto, lo Stato, che il diritto *prevalentemente* protegge, e protegge proprio riconoscendo all'interesse il carattere e la forma di un *diritto soggettivo*; la *prevalenza* si manifesta appunto in ciò: che al soggetto di quel primo interesse è negato, al soggetto di quest'ultimo interesse è accordato, il " *potere giuridico* " di " *volere* " per il soddisfacimento dell'uno e dell'altro interesse.

Così avviene anche nel diritto penale. Se gli interessi e i beni offesi dai singoli reati, pur essendo giuridicamente protetti dal diritto penale (interessi o beni *giuridici*) non lo sono tuttavia nella forma di diritti soggettivi, ciò è perchè vi è un altro " interesse " proprio di tutta la società giuridicamente organizzata, cioè dello Stato, che con quegli interessi coincide e a cui socialmente e giu-

ridicamente prevale; interesse, dunque, che il diritto penale sopra tutto protegge e al cui soggetto quindi soltanto esso accorda il potere giuridico di volerne e di esigerne il soddisfacimento e il rispetto (diritto soggettivo pubblico di obbedienza dello Stato).

Data dunque l'inseparabilità del diritto obiettivo dall'obbligo giuridico, data la necessaria correlazione fra obbligo giuridico e diritto soggettivo, epperò la inscindibilità del diritto obiettivo dal subiettivo, la violazione della norma giuridica penalmente sanzionata, cioè a dire il reato, non può per tanto, al pari di ogni altra violazione del diritto soggettivo, non portar seco altresì la violazione di un diritto soggettivo altrui, cioè appunto il diritto di obbedienza dello Stato. Si obietta che una azione, comandata o vietata sotto minaccia penale, epperò contraria a un obbligo giuridico penalmente sanzionato, costituisce di già un reato solo che essa non rappresenti altrimenti *l'esercizio di un diritto* o *l'adempimento di un dovere giuridico* proprio dell'agente; che la mancanza di un diritto o l'inesistenza di un opposto obbligo giuridico da parte dell'autore di un fatto contrario a una norma e a un obbligo giuridico sanzionati con pena, basta a conservare al fatto il carattere di reato, senza bisogno che esso costituisca altresì la violazione di un interesse e di un diritto soggettivo altrui; che, data la norma giuridica, e l'obbligo giuridico che da essa deriva, il concetto del *torto* in genere, e del *reato* in ispecie, ne discende parallela a quello del *diritto*, così da rimanerne indipendente; e se ne conclude non essere necessario al concetto dell'illecito penale l'estremo della violazione di un interesse giuridico e tanto meno di un diritto soggettivo altrui. Ciò non è esatto. Certo, perchè il reato è una azione posta in essere in opposizione a una norma giuridica, epperò contraria al diritto oggettivo, essa deve essere altresì necessariamente una azione commessa *senza diritto* (*sine iure*) e non deve essere l'adempimento di un dovere giuridico; perchè, ogni diritto soggettivo e ogni obbligo giuridico trovando la sua fonte nel diritto oggettivo, che nella sua armonica unità non consente sopraffazioni di norme giuridiche per opera di altre norme, una azione che sia l'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere giuridico e, al tempo stesso, la violazione di un diritto soggettivo altrui, è un inconcepibile assurdo. Ma non perciò si può concludere per la possibilità della violazione di una norma giuridica e di un obbligo giuridico scompagnata dalla violazione

di un diritto soggettivo, e più ancora, di un interesse giuridico altrui. Vero è, invece, che ogni norma giuridica proteggendo necessariamente un *interesse*, la violazione di essa è necessariamente violazione dell'interesse che la norma protegge, cioè, di un interesse *giuridico*. Vero è, invece, che non essendovi norma giuridica senza dovere giuridico e dovere giuridico senza corrispondente diritto, la violazione di una norma giuridica è necessariamente violazione di un *diritto soggettivo*. Ciò discende dalla *natura di relazione* propria del diritto ed anche del diritto penale. Dice assai bene in proposito l'Hold von Ferneck: " la massima che un uomo è autorizzato o obbligato importa solo che un uomo si trovi con uno o parecchi altri uomini in una determinata relazione. La massima stessa non conferisce all'uomo nessuna proprietà che appartenga a lui come tale, indipendentemente dai rapporti con gli altri uomini. L'espressione; una azione è conforme o contraria al diritto non importa un predicato dell'azione come tale; e neanche dell'azione considerata puramente in rapporto all'agente, o puramente in rapporto al paziente. Nell'affermazione: una azione è illecita vien contemplata una relazione fra almeno due uomini la quale pone l'azione in rapporto con ambedue. Non pensata isolatamente dai due uomini stanti in relazione fra loro, e neppure considerata soltanto dal punto di vista di uno dei due, può essere illecita una azione. " In sè „ conforme al diritto, " in sè „ illecita sarebbe, in tal senso, una *contradictio in adiecto*. Come l'uomo non può essere autorizzato o obbligato di fronte a se stesso, così egli non può agire illecitamente di fronte a sè medesimo „ (44).

34. Ma se è erroneo il concepire il reato come una violazione del puro diritto obiettivo, non meno, e anzi più, erroneo è il concepire il torto civile semplicemente come violazione di un diritto soggettivo, e non già pure del diritto obiettivo, ponendo in ciò la differenza che intercede fra l'illecito penale e l'illecito privato, fra il reato e il delitto o quasi-delitto civile (45). Se non è possibile

(44) Hold von Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, Bd. I, Jena, 1903, § 1, pp. 18-19. V. anche: Lammasch, nella " Grunhut's Zeitschrift für d. privat u. öffentliches Recht d. Gegenwart „, Bd. IX, p. 244.

(45) Come fanno il Buccellati, l'Hälschner, l'Unger, lo Zücker e il Sjögren (citati retro testo e note).

violare il diritto obiettivo, senza violare un diritto soggettivo, tanto meno è possibile violare un diritto soggettivo senza violare altresì, al tempo stesso, il diritto oggettivo. Il diritto oggettivo è, di fronte al soggettivo, il *prius* logico e pratico, senza del quale quest'ultimo non è concepibile. Non il diritto soggettivo preesiste e dà causa al diritto oggettivo, ma questo genera, a un parto, l'obbligo giuridico e il diritto soggettivo (46). La paternità di ogni diritto soggettivo risale, dunque, all'ordine giuridico, prima del quale possono sì esistere interessi, ma non interessi giuridici e nemmeno quindi diritti soggettivi. Violare un diritto soggettivo non è pertanto possibile senza violare al tempo stesso il diritto obiettivo.

Questa verità è da lungo tempo riconosciuta dalla letteratura giuridica. " Se fosse possibile, dice, ad esempio, il MERKEL, offendere il diritto soggettivo senza attaccare con esso il diritto oggettivo, l'uno dovrebbe avere una esistenza indipendente dall'altro... Chi parla della offesa di un diritto che non contiene nessuna offesa del diritto obiettivo si pone in contradizione con sè medesimo „ (47). " Non vi sono — osserva l'HEYSSLER, — l'uno accanto all'altro, due mondi giuridici diversi: il subiettivo e l'obiettivo; diritto subiettivo ed obiettivo sono due aspetti ideali di un unico mondo giuridico: è quindi inconcepibile che la violazione si fermi a quello, senza colpire anche questo „ (48). E il LIEPMANN insiste: " Noi non

(46) Osserva bene in proposito lo JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2ª ed., Tübingen, 1905, pp. 8-9: " Ogni diritto subiettivo presuppone la presenza di un ordine giuridico mediante il quale esso viene creato od anche riconosciuto e in maggiore o minor misura tutelato. Ogni volere, potere, avere dell'uomo viene elevato dalla sfera degli avvenimenti naturali in quella delle azioni e degli stati giuridici mediante il diritto obiettivo. Non è che una confusione del fatto col diritto il considerare il diritto subiettivo come l'elemento primario il quale trae *da sè* la *norma* del suo valore e della sua valutazione. Egli è storicamente possibile che mediante il diritto subiettivo venga a coscienza la presenza della norma che lo genera e la domina, ma ciò che è regolato dall'ordine giuridico non è pensabile come un logico *prius* dell'ordine giuridico stesso „.

(47) MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, 1, *Zur Lehre von den Grundeintheilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen*, Leipzig, 1867, I, 2, p. 11. Vedi anche: HEINZE in " HOLTZENDORFF's Handbuch „, I, p. 338.

(48) HEYSSLER, *Das Civilunrecht und seine Formen*, Wien, 1870, p. 13.

possiamo offendere un diritto soggettivo senza metterci con ciò e al tempo stesso in contraddizione con l'ordine giuridico, poichè diritto soggettivo non è che il potere individuale concesso e garantito dall'ordine giuridico. Chi invade la sfera di interessi del soggettivamente autorizzato, deve offendere con ciò insieme il diritto oggettivo, cioè a dire quella forza mediante la di cui volontà avviene la nascita e il mantenimento del diritto soggettivo (49). E lo stesso Ferrini, che pur nega, come si è visto, essere il reato la violazione di un diritto soggettivo, non può a meno di riconoscere non potersi in ciò porre la differenza che separa il reato dal fatto illecito civile. Per lui " l'opinione secondo cui il delitto penale sta nella lesione di un principio di diritto oggettivo e il torto civile nella offesa di un diritto soggettivo ", " non merita neppure di essere presa in esame "; " perchè, come egli ben dice, niun diritto subiettivo esiste senza una norma (e cioè un principio di diritto oggettivo) corrispondente " (50).

Concludendo: se non è scientificamente esatto concepire il reato quale offesa di un diritto soggettivo proprio della persona offesa e variabile per qualità col variare della specie del reato, tanto meno è giuridicamente corretto concepirlo come una pura violazione del diritto obiettivo, dell'ordine giuridico in sè e per sè considerato (51).

---

(49) Liepmann, *Einleitung in das Strafrecht*, Berlin, 1900, p. 6. Anche il Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Bd. I, 2ª ed., Leipzig, 1890, § 45, p. 293: dice esplicitamente: " Das Gesetz kann also nur im Medium dieser Subjektiven Rechte getroffen werden ". E altrove: *Grundriss des deutschen Strafrechts Allgemeiner Teil.*, Leipzig, 1902, § 1, p. 7: " Danach kehre sich das *Verbrechen* wider das *objektive*, das *bürgerliche Unrecht* nur wider das *subjektive Recht*. Allein das subjektive Recht fliesst nur aus dem Gesetz und seine (Verletzung) ist notwendig zugleich (Gesetzverletzung).

(50) Ferrini, *Delitti e quasi delitti* nel " Digesto Italiano ", nº 23, p. 740. Nello stesso senso: Brunetti, *Il delitto civile*, Firenze, 1906, § 127, p. 280.

(51) Gli stessi fautori della opinione che vede nel reato una offesa del diritto obiettivo, e non già anche di un diritto soggettivo, ammettono di regola che in fondo la norma giuridica (nei delitti almeno, se non nelle contravvenzioni) non possa esser violata in sè e per sè stessa, ma debba esserlo per necessità nei *beni* che la norma protegge; beni che hanno il carattere di beni, secondo alcuni, *morali*, secondo altri, *sociali*, secondo altri ancora insieme morali e sociali. Essi si avvicinano con ciò, talvolta senza piena coscienza, alla teoria che

concepisce il reato come la violazione di un “ bene giuridico „ (della quale avremo in sèguito ad occuparci: cfr. più oltre n[i] 40-49). Così fa, ad esempio, l'Hälschner, il più vigoroso sostenitore della opinione in discorso, per il quale il reato, oltre a violare il diritto obiettivo, è altresì l'offesa di un *bene morale* che può costituire, e può anche non costituire, un *diritto soggettivo*; senza che ciò nulla rilevi dal punto di vista del diritto penale (Cfr., ad esempio, e più esplicitamente: Hälschner nel “ Gerichtssaal „, 1876, p. 405. “ Das nächste Objekt der Rechtsverletzung ist darum in allen Fallen die *subjektive Berechtigung*, aber nicht bloss sie sondern auch Rechtsverhältnisse (dunque anche qui diritti) und... *Guter*, welche nicht Gegenstand individueller Berechtigung sind „). Ma anche in tal modo considerata e completata la teoria di Hälschner, ha il torto di una grande indeterminatezza e lascia nell'ombra di una comoda reticenza particolarità notevolmente importanti. Quali reati — resta sempre a domandare all'Hälschner — contengono in sè l'offesa di un diritto soggettivo e quali no? Quali sono i diritti soggettivi che possono essere lesi da un reato? Quale è l'obietto dei reati che non portan seco l'offesa di un diritto soggettivo? È un bene puramente *morale* o è un bene anche *giuridico*? E come si distingue il bene *morale*, dal bene *giuridico*, come il *bene giuridico* dal *diritto soggettivo*? Ecco quanto l'Hälschner o non dice o non precisa. E infine, può domandarsi ancora, se non l'offesa di un diritto soggettivo, variabile col variare della specie del reato, non è, per caso, il reato sempre la violazione di un diritto soggettivo, unico e costante nella sua qualità, di un diritto, cioè, non del privato offeso, ma dello Stato? Anche altri autori che concepiscono il reato come violazione del *diritto obiettivo* non già anche *di un diritto subiettivo*, usufruiscono nelle loro definizioni del concetto di “ scopo „ o di “ interesse „ senza che si possa perciò dire che essi siano seguaci della concezione del reato come offesa di beni o di interessi giuridici (Cfr. Bekker, *Theorie des heutigen deutschen Strafrechts*, Bd. I, Leipzig, 1859, p. 86: “ Verbrechen sind Handlungen die den *Staazwecken* zuwiderlaufen und daher von Staatswegen bei Strafe verboten sind „; Geib, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1862, Bd. II (Allg. Theil.), p. 173: “ Verbrechen ist eine jede Handlung oder Unterlassung welche als den jeweiligen *Zwecken und Interessen* des Betreffenden Staates widerstreitend nach Vorschrift des positiven Rechts mit Strafe bedroht ist „.

CAPITOLO II.

Teoria della violazione dell'obbligo giuridico.
(Teoria del Liepmann).

§ 1. — *Esposizione della teoria.*

35. Il reato, un inadempimento di obbligo giuridico e un'azione, a differenza del torto civile, consistente in un puro stato di fatto dannoso. — Impossibilità, secondo il Liepmann, di determinare la natura e l'importanza dei reati in base alla natura e all'importanza dei beni giuridici lesi o minacciati da essi. I *motivi*, il *valore degli obblighi offesi* e la *forma della loro violazione* (dolo e colpa) criteri unici di determinazione della natura, specie e importanza del reato.

35. Un posto a parte, per la sua singolarità, merita la teoria del Liepmann, la quale può designarsi come teoria della *Pflichtwidrigkeit* o della violazione dell'obbligo giuridico. Pel Liepmann, il reato, come torto giuridico, non è che una *mancanza a un dovere giuridico*, una semplice offesa o violazione di un obbligo giuridico (*Pflichtverletzung*): e non può dunque definirsi come una lesione di un bene o interesse giuridico, e, meno ancora, come la violazione di un diritto soggettivo. Conviene esporre i suoi concetti con una certa larghezza e valendosi delle sue stesse parole: " Il torto civile — premette il Liepmann — non ha bisogno di essere nè una offesa di un obbligo giuridico nè sopra tutto una azione: il suo essenziale contenuto sta nella pura esistenza di uno stato di fatto che invade un interesse giuridico privato, sia questo stato prodotto da persone capaci di volere, o da cose, o dalle stesse forze della natura: il punto di vista della colpa non possiede qui nessun

valore " *costitutivo* „ ma un valore puramente " *qualificativo* „ (1). In antitesi ad esso, il delitto (penale) è, secondo la sua essenza, la manifestazione di una volontà che contravviene a un obbligo giuridico, vale a dire, in altre parole, un torto imputabile per azione e colpa „ (2). E dopo aver stabilito il concetto di azione, nel senso del diritto penale (3), dopo aver parlato della imputabilità come generale presupposto dell'imputazione (4), discende il Liepmann a discorrere appunto della imputazione per colpa: " L'uso dei nostri codici penali — dice egli a tal proposito — di graduare le forme speciali di apparizione delle azioni punibili secondo i beni giuridici offesi può condurre alla credenza che si sia in grado di determinare generalmente l'importanza del delitto secondo questo punto di vista obiettivo. Riflessioni storiche e filosofiche dimostrano, invece, l'erroneità di tale supposizione. La trattazione storica delle azioni le quali, presso i popoli primitivi, come presso quelli più progrediti in cultura, sono considerate come azioni punibili, ci dà un quadro così variopinto, così per tempo e luogo cangiante, che noi siamo ben presto in grado di riconoscere come una illusione il tentativo di una unica concezione complessiva, il raggiungimento di criteri obiettivi nella materia in discorso. E non è neanche difficile il rendersi conto, a prima vista, della ragione di questo, forse strano, fenomeno. Non c'è bisogno di nessuna prova perchè si debba non concepire come una unica costante quantità le sfere giuridicamente tutelate dei singoli, i beni giuridici che lo Stato riconosce a sè stesso o concede alle altre associazioni pubbliche e private. Noi comprendiamo — nello stato attuale della scienza — che qui, a seconda della natura della organizzazione dello Stato, della maturità generale, politica ed etica, di un popolo, della prevalenza della antica civiltà aristocratica o

(1) Nello stesso senso: Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Bd. I, 2ª Aufl., p. 310 e Heyssler, *Das Civilunrecht und seine Formen*, Wien, 1870. Ugualmente M. E. Mayer, *Die Schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht*, Freiburg, 1901, p. 3: " Il momento della colpa ha per il torto punibile importanza costitutiva; per il diritto civile soltanto qualificativa „.

(2) Liepmann, *Einleitung in das Strafrecht*, Eine Kritik der kriminalistischen Grundbegriffe, Berlin, Häring, 1900, p. 17.

(3) Liepmann, *Einleitung in das Strafrecht*, pp. 19-86.

(4) Liepmann, *Einleitung in das Strafrecht*, pp. 86-113.

della moderna civiltà democratica e di tanti altri innumerevoli fattori, si presentano per necessità valori infinitamente variabili. Ma anche quando noi consideriamo la stessa " sistematica dei beni giuridici „ e la loro tutela giuridica penale presso legislazioni equivalenti in cultura, noi non raggiungiamo nessuna unica impressione. Anche la divisione della " parte speciale „ del nostro vigente diritto non contiene nessuna in sè concludente realtà ma soltanto forme le quali racchiudono un contenuto di diversa specie. Noi troviamo pene equivalenti nelle offese ai diritti di supremazia dello Stato come nelle offese di beni giuridici individuali, noi troviamo — quando prescindiamo dai particolari residui fossili di una pena, assolutamente determinata, per l'omicidio — equivalenti cause di diminuzione e di aumento delle pene per ogni classe di singoli beni giuridici. Da ciò risulta che la apparentemente seducente valutazione dei beni giuridici offesi in realtà conduce a pure formole esterne, le quali generalmente ammettono una scala infinita di valori e raggiungono un contenuto sensibile soltanto avuto riguardo a punti di vista soggettivi. Il " contenuto obiettivo „, preso a sè, è, anche *in abstracto*, un fantasma completamente privo di contenuto, il quale si ride di ogni trattazione di principî. Certamente, è da evitare anche l'eccesso opposto di un puro subiettivismo. Noi dobbiamo altresì non distaccare la " colpa „ dalla attività obiettiva se vogliamo giungere a massime di diritto penale di qualche significato. In quanto però noi evitiamo questa artificiale separazione del contenuto obiettivo da quello subiettivo e concepiamo la colpa semplicemente come una determinata specie di attività non siamo necessitati alla stessa rinuncia cui siamo costretti di fronte alla valutazione obiettiva dei beni giuridici offesi, ma possiamo trovare punti di vista generali, secondo i quali si gradua l'imputabilità per colpa „. Due classi sono qui da distinguere. La imputabilità per colpa si determina in primo luogo secondo i *motivi* delle azioni punibili e in secondo luogo secondo il *valore degli obblighi offesi e della forma della loro violazione* „ (5).

Ma (a parte i motivi a delinquere la cui considerazione qui non interessa) che s'intende, secondo il LIEPMANN, per violazione di ob-

---

(5) LIEPMANN, *Einleitung in das Strafrecht*, pp. 114-115. Sui *motivi* a delinquere, vedi pp. 115-130.

blighi giuridici e quale è il valore degli obblighi offesi e della forma della loro violazione? " Noi intendiamo per obbligo — dice il LIEPMANN — la coscienza che qualche cosa *debba o non debba* avvenire e, in secondo luogo, diamo questa qualificazione alla condotta stessa a riguardo della quale noi sentiamo un *dovere*. Ogni tentativo di determinare concettualmente questo dovere rimane un tentativo inidoneo: poichè non si da nessuna più alta categoria alla quale si possa sottoordinare questo concetto. Soltanto il punto di partenza e la destinazione, a cui il dovere si indirizza, sono capaci di una determinazione generale: ogni dovere rappresenta un comando che parte da una *volontà* e si dirige ad un'altra *volontà*. Il valore degli obblighi risultanti da questo comando si determina secondo il valore che ad essi riconosce la decidente e imperante volontà. Si questiona, a tal proposito, se sia in grado di classificare gli obblighi regolati dall'ordine giuridico secondo la diversità del loro valore. Senza dubbio il valore degli obblighi giuridici offesi si determina secondo l'importanza che possono avere *i beni giuridici offesi*. Ma si è già dimostrato che noi non siamo in grado di ripartire questi ultimi, secondo il loro valore, in classi uniche e universalmente valevoli. La stessa rassegnazione, la stessa rinunzia ad una, generalmente valevole, classificazione dei valori il cui contenuto è abbandonato al flusso della vita storica, è imposta, non soltanto per la diversità dei beni giuridici, ma anche per la scala degli obblighi giuridici. Anche qui si possono porre in evidenza soltanto delle " tendenze „ di evoluzione, ma nessun criterio assoluto. Che la vita sia da valutare più della proprietà, l'offesa di un bene più della sua semplice minaccia, rimane, certo, fuori di dubbio. Per contro si può a mala pena determinare quali obblighi debba il diritto raggruppare intorno al particolar bene dell'onore e in qual modo e fino a qual punto sopra tutto, debbono essere tutelati i sentimenti dei consociati. E tanto meno possiamo noi determinare in modo generale quanto si estenda la sfera di obblighi del singolo, quanto quello dello Stato, e in qual rapporto, quanto al valore, si trovino l'una con l'altra. Certo è soltanto che il diritto solo mediatamente è guidato da criteri etici e che il suo compito immediato è il mantenimento della pace sociale. Perciò il valore degli obblighi giuridici può esser fissato, nei limiti suoi, soltanto in base alla misura della pericolosità che dalla loro offesa risulta per il mantenimento della pace sociale. Ed è chiaro

che sono qui decisivi criteri di valore totalmente diversi secondo che si tratta di una comunità che vien considerata soltanto in sul nascere o di una comunità già rafforzata. E spiegano qui confusamente efficacia così innumerevoli fattori che il tentativo di distinguere fra gli obblighi giuridici classi generali di valori deve finire col rimanere un tentativo senza speranza, come lo è l'intrapresa della Scuola di Vienna, fra gli economisti, di porre un catalogo di valori universalmente valevole, secondo classi costanti e invariabili.

" Per contro è proprio di una ricerca generale, che fa astrazione del contenuto speciale di una concreta legislazione, il concetto delle *diverse forme di offesa di obblighi giuridici*, come delle diverse *forme di colpa*. E certamente debbono anzitutto essere indagate nel loro contenuto e nei loro limiti quelle due *forme di colpa* le quali si son venute generalmente producendo nella storia dello svolgimento del diritto penale presso i popoli più progrediti in cultura, vale a dire, il *dolo* e la *colpa* „ (6).

§ 2. — *Valutazione critica della teoria.*

36. Non soltanto il reato, ma anche il torto (delitto o quasi delitto) civile è una *azione* ed una *violazione di un obbligo giuridico*. Confusione fra il *delitto e quasi delitto civile* (responsabilità per colpa) e il c. d. *torto obiettivo o incolpevole* del diritto privato (c. d. responsabilità senza colpa). — Non soltanto il torto civile, ma anche il reato è un *danno* o quanto meno un *pericolo di danno*. L'unità del concetto del torto giuridico, nella varietà delle sue specie. — 37. Impossibilità di obblighi giuridici che non servano alla tutela di interessi e beni della vita: conseguente impossibilità della violazione di un obbligo giuridico senza lesione o minaccia di un bene e interesse giuridico (danno o pericolo). — 38. Il reato non può non desumere, in parte almeno, la sua natura e importanza anche dalla natura e importanza del bene e interesse offeso nonchè dalla natura e importanza dell'offesa. Possibilità di valutazione obiettiva dei beni e interessi offesi dai reati: essa è un apprezzamento di politica sociale e come tale essenzialmente relativo e mutevole, non assoluto, universale e immutabile. — 39. Anche il *pericolo sociale* risultante indirettamente dal reato si misura in parte in base al valore del bene direttamente leso o minacciato dal reato.

36. *a)* Anche la teorica del Liepmann non può sfuggire alle censure della critica. Errato è, anzi tutto, il suo punto di partenza; la distinzione, cioè, che essa pone, fra il reato e il torto privato. Non è vero che soltanto il reato, e non anche il torto civile, sia

(6) Liepmann, *Einleitung in das Strafrecht*, pp. 130-131.

una " azione „ e una " offesa di un obbligo giuridico „, che esso soltanto sia la " manifestazione di una volontà contraria a un obbligo giuridico „ o, come il LIEPMANN dice (scambiando la " colpa „ con " l'illiceità „ dell'azione), un torto imputabile per azione e per colpa.

Anche il torto civile, come il reato, è, invece, una " azione „, cioè una manifestazione o estrinsecazione di volontà produttiva di un determinato effetto esteriore; anch'essa è una azione *imputabile* (a titolo di dolo e di colpa), anch'essa è una azione " illecita „, cioè la violazione di una norma giuridica e, quindi, di un obbligo giuridico. Negare ciò significa togliere al torto civile il carattere, che gli è proprio, di essere, non solo un fatto, ma un fatto umano volontario ed illecito, cioè appunto un delitto (fatto illecito doloso) o un quasi delitto (fatto illecito colposo) civile e togliere alla responsabilità, che ne deriva, il carattere, da esso inseparabile, di una responsabilità " *per colpa* „ (7). Significa, cioè, confondere il delitto o quasi delitto civile col così detto *torto obiettivo* o *torto incolpevole* e la *responsabilità per colpa* con la così detta *responsabilità senza colpa* (8). Ora il torto obiettivo e la responsabilità senza colpa del

---

(7) Cfr. *Codice civile*, art. 1151 e segg. Le espressioni " torto (giuridico) civile o privato „ " fatto illecito civile o privato „ " delitto (e quasi delitto) civile o privato „ sono per noi espressioni sinonime. I tedeschi hanno anch'essi la stessa varietà di espressioni per designare il medesimo concetto. *Unrecht* (torto) *Rechtsverletzung* (violazione del diritto) *unerlaubt Handlung* (azione illecita) *Delikt* (delitto) designano per essi ugualmente il concetto del *fatto illecito* in generale. Il fatto illecito " civile o privato „, sia esso delitto o quasi delitto (in contrapposto al reato, ma non a ogni fatto illecito di diritto pubblico) vien da essi indicato con le parole: *civilrechtliches* o *privatrechtliches Delikt*, *Privatdelikt*, *bürgerliches Unrecht*. (Cfr. fra gli altri: LISZT, *Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht*, Berlin, Leipzig, 1889, § 6, p. 26; *Die Deliktsobligationem im System des bürgerlichen Gesetzbuchs*, Berlin, 1898, § 1; LINCKELMANN, *Die Schadenersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nach dem B. G. B.*, Berlin, 1898, p. 7). — Su la distinzione fra *delitto* civile, inteso come fatto illecito civile doloso, e *quasi delitto*, inteso come *fatto illecito civile colposo*, si cfr. da ultimo BRUNETTI, *Il delitto civile*, Firenze, 1906, § 1, p. 1 e note 1 e 2, p. 3, nota 6.

(8) L'espressione *torto obiettivo* o *incolpevole* è altrettanto inesatta quanto è inesatto il concetto che in essa si racchiude. (Nello stesso senso anche: NEUNER, *Wesen und Arten d. Privatrechtsverhältnisse*, Kiel, 1866, p. 207). Il *torto giuridico*, se è tale, non è mai *obiettivo* o *incolpevole* e, se è *obiettivo* o *incolpevole*, non è torto giuridico. Lo stesso dicasi delle espressioni *responsabilità obiettiva* o

diritto privato, come non hanno nulla di comune col reato e con la responsabilità penale, così nulla hanno di comune col delitto o quasi delitto civile e con la responsabilità civile per colpa che da essi deriva (9). Mentre, infatti, il delitto o quasi delitto civile è, al pari del reato, bensì un danno, ma un danno derivante da una azione umana imputabile (dolosa o colposa) ed illecita, da una estrinsecazione di volontà, quindi, propria di una persona *capace di volere e di agire*, il così detto torto obiettivo o incolpevole del diritto privato altro non è che un puro stato di fatto, materialmente dannoso a un interesse privato, dovuto a tutt'altra causa che non sia la volontà e l'azione imputabile ed illecita di un uomo: uno stato di fatto, perciò, prodotto o dalle forze esteriori della natura, o da cose, o da animali, o anche da persone, ma da persone incapaci di volere (minori, pazzi) o da persone, sia pur capaci di volere, ma alla cui volontà quello stato di fatto non può tuttavia essere nel singolo caso effettivamente ricondotto come a sua causa, cioè non può essere effettivamente imputato. Fra di essi intercede, pertanto, la stessa differenza che corre fra i danni giuridici risultanti dalle azioni volontarie degli uomini, e i danni, puramente materiali, prodotti da forza maggiore, la stessa differenza che corre fra il dolo e la colpa, da un lato, e il caso for-

---

responsabilità senza colpa (franc. *responsabilité sans faute*; ted.: *Haftung ohne Schuld*). Senza *imputabilità* soggettiva e senza *colpa*, non può darsi *responsabilità* nel senso proprio ed esatto di questa parola, ma un obbligo giuridico di natura diversa (per lo più una *obbligazione ex lege*). (Sui vari sensi, larghi o ristretti, propri od impropri, in cui può prendersi la parola " responsabilità ", vedi la mia *Riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, Napoli, 1906, p. 167 e segg.). Non si tratta qui di una semplice questione di parole, ma di una questione di concetto: quella di vedere se il *fatto umano non volontario e non imputabile* debba, agli effetti giuridici, assimilarsi al *fatto umano volontario e imputabile* o, invece, al *caso fortuito indipendente dalla volontà dell'uomo* (cfr. più oltre testo e nota 10).

(9) Così pure: Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 12ª e 13ª ed., Berlin, 1903, il quale, dopo aver anch'egli notato (§ 44, p. 192, n. 1) come il Liepmann, p. 4, tolga al *torto civile* il carattere di " delitto ", medesimamente osserva (§ 26, p. 118, nota 1): " Gli oppositori all'unità del concetto del torto giuridico nel diritto privato e nel diritto penale (così Liepmann, p. 14) dimenticano che il " torto obiettivo ", vale a dire lo stato di fatto in opposizione all'ordine giuridico, ha tanto poco da fare col delitto privato come col reato ". Questa nota non si trova nella 10ª ed., Berlin, 1900, e non è riprodotta nella

tuito dall'altro (10). E neppure è esatto il dire che soltanto il torto civile sia un " danno „ o — come si esprime il LIEPMANN — l'in-

---

16ª e 17ª, Berlin, 1908. In quest'ultima (§ 26, p. 116, nota 2), si osserva però non meno, anzi più precisamente: " Dal concetto del fatto illecito (Delikt) restano fuori non soltanto gli " stati di fatto contrari al diritto „ ma anche le " incolpevoli azioni illecite „.

(10) Contro l'esistenza di un *torto obiettivo* (*obiektives Unrecht*) o *incolpevole* (*schuldloses Unrecht*) si sono a ragione schierati specialmente: MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, Leipzig, 1867, Bd. I, p. 42 e segg., 46 e segg. (ripubblicate postumamente per opera di R. MERKEL nelle " Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der Allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts „ von A. MERKEL, 2 Bd., Strassburg, 1899), dove l'A. sostiene vigorosamente che il fatto illecito obiettivo e non imputabile non può dirsi nè un *fatto umano* nè un *fatto antigiuridico* perchè l'uomo nel diritto è considerato come un essere *capace di volere* ed effettivamente *volente*; onde il c. d. fatto illecito non imputabile uscendo fuori dal campo della volontà è un *caso fortuito* al pari del danno arrecato alle cose nostre dalle forze naturali e dalle fiere; *Juristische Encyclopädie*, 3ª ed. (per opera di R. MERKEL), Berlin, 1904, § 260, pp. 108-109 e nota 1; e BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Bd. I, 2ª ed., Leipzig, 1890, § 38, I, (*Notwendigkeit des Schuldmomentes*), pp. 243-252, specialmente p. 244: (" una azione illecita deve essere dolosa o colposa: si dà soltanto un torto colpevole, nessun torto incolpevole: ciò che si chiama torto obbiettivo non è che puro caso „); *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, 1885, Bd. I, § 30, pp. 158-159; (" la incolpevole violazione della norma è, per il diritto, un caso fortuito vale a dire non è una violazione. Violazione del diritto e colpevole violazione del diritto sono cose identiche. Non si dà nessun torto colpevole, nessun torto c. d. obiettivo). Nello stesso senso: BRINZ, *Pandekten*, Bd. II, 2ª ed., p. 157, n. 35; NEUNER, *Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse*, Kiel, 1866, p. 207; HERTZ, *Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts*, Bd. I, Hamburg, 1880, p. 4 e segg.; JANKA, *Der strafrechtliche Notstand*, Erlangen, 1878, pp. 36 e 37, ma specialmente: *Das österreichische Strafrecht* (4ª ed. pubblicata da KALLINA), Wien, 1902, § 25, p. 41 e segg., specialmente p. 42: (" Diritto è norma di condotta: torto è condotta contraria alla norma epperò al diritto... ma questo non è pensabile senza una colpa imputabile. Con ciò cade il concetto del torto obiettivo „); JELLINEK, *Socialethische Bedeutung von Recht, Unrecht, und Strafe*, Wien, 1878, pp. 56-57, e affatto recentemente: ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, Leipzig, 1897-1898, Bd. I, p. 47; ELTZBACHER, *Die Handlungsfähigkeit nach deutschen bürgerlichen Recht*, Bd. I (*Das rechtswirksame Verhalten*), Berlin, 1903, p. 43; HÖLDER, *Natürliche und juristische Personen*, 1905, pp. 127, 189; e meglio di tutti HOLD VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit* Bd. I, Jena, 1903, pp. 383, 385, 390; Bd. II, Erste Abteilung, Jena, 1905, pp. 14-37. Dei francesi vedi fra i più recenti: SALANSON, *De l'abus du droit*, Paris, 1903, p. 119 e segg. Contro il concetto del torto obiettivo o incolpevole e della responsabilità senza colpa, vedi anche a lungo la mia: *Riparazione*

vasione di un " interesse giuridico ", e il reato no. Anche il reato, al pari del delitto o del quasi delitto civile (e di ogni altro fatto

---

alle vittime degli errori giudiziari, Napoli, 1906, specialmente p. 78 e segg., 107-108 nota, 210 e segg., 273 e segg.; 279-282, ecc. e gli autori, *pro e contra*, ivi citati. A favore di questo concetto, si dichiarano invece energicamente: Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878, p. 71 fino a 107, il quale ritiene che anche gli incapaci di volere (minori, pazzi), possono agire contro il diritto perchè anch'essi sono capaci di diritti soggettivi e di obbligazioni giuridiche, e recentissimamente: *Normadressat* nei " Jhering's Jahrbücher ", 1907, p. 50 e segg., e Jhering, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Giessen, 1867 nei " Vermischte Schriften juristischen Inhalts ", Leipzig, 1879, p. 5 e segg. (pel quale *fatto umano illecito, benchè non imputabile e caso fortuito* procedente da forze naturali o da fiere sono giuridicamente fenomeni diversi sopra tutto perchè contro il caso fortuito è lecito reagire con la forza per ripararne le conseguenze, mentre contro il fatto umano non imputabile, al di fuori dei limiti di una negativa legittima difesa, non si può provvedere con l'uso della forza del privato contro il privato, essendo vietato nelle società civili di farsi ragione da sè contro gli altri uomini. Nello stesso senso: Hessler, *Das Civilunrecht und seine Formen*, Wien, 1870, p. 12; Wach, nel " Gerichtssaal ", 1878, p. 446 e segg.; Hälschner, *Lehre vom Unrecht in seiner verschiedenen Formen* nel " Gerichtssaal ", 1869, p. 15 e segg.; *Nochmals das Unrecht und seine Verschiedenen Formen* nel " Gerichtssaal ", 1876, p. 402 e segg.; *Das gemeine deutsche Strafrecht*, Bd. I, Bonn, 1881, p. 19 (Wach e Haelschner, come Jhering, distinguono fra torto *obiettivo*, cioè senza volontà, e torto *incolpevole*, cioè senza dolo o colpa, negando l'uno e ammettendo l'altro); Pfaff, *Zur Lehre von Schadenersatz und Genugtuung nach österreichischen Recht*, Wien, 1880, p. 11 e segg.; Dernburg, *Pandekten*, Bd. 1, § 86; Tuhr, *Der Nothstand im Civilrecht*, Heidelberg, 1888, p. 74; e più di recente: Rümelin (M.), *Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs zur objektiven Schadenersatzpflicht*, 1896, p. 2; Sjögren, *Zur Lehre von den Formen des Unrechts und den Thatbeständen der Schadenstiftung* nei " Jhering's Jahrbücher ", Bd. XXXV, p. 377; Löffler, *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend historischer und dogmatischer Darstellung*, Bd. I, Leipzig, 1895, *passim* e nella " Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft ", Bd. XXI, p. 548, (per cui anche una bestia selvatica o una procella possono violare il diritto) Mayczka, *Der Rechtsgrund des Schadenersatzes ausserhalb bestehender Schuldverhältnisse*, Leipzig-Wien, 1904, p. 59 e segg. — L'argomento capitale del Thon, che cioè anche gli incapaci di volere (minori, pazzi) hanno diritti soggettivi e obblighi giuridici, non è probante e non regge alla critica. Perchè in tanto essi hanno *diritti* in quanto l'ordinamento giuridico concede loro la possibilità di volere e di agire per mezzo di rappresentanti (padre, tutore curatore), cioè appunto di *persone capaci* che *vogliano* e agiscano in lor vece per la attuazione dei loro interessi e quindi per l'esercizio dei loro diritti. Ed è a questi (i rappresentanti), e non già agli incapaci, che sono imposte

giuridico privato capace di generare un obbligo al risarcimento), produce — almeno nella maggior parte dei casi — la *lesione*, cioè la restrizione o il sacrificio, la diminuzione o la sottrazione di un interesse o bene giuridico altrui, cioè un " danno ", in senso giuridico. La differenza, da questo punto di vista, può essere solo in ciò: che mentre al delitto o quasi delitto civile è sempre e in ogni caso necessario un *danno effettivo o reale*, cioè l'effettivo sacrificio o l'effettiva restrizione di un bene o interesse giuridico, al reato basta, invece, talvolta, anche la semplice *possibilità*, il semplice *pericolo di un danno* (c. d. danno potenziale), cioè la pura *minaccia* (e non già la lesione) di un bene o interesse giuridico (11). E che mentre il delitto o quasi delitto civile richiede — almeno secondo la dominante opinione (12) — l'esistenza di un danno " *eco-*

---

obbligazioni giuridiche: gli incapaci non hanno obblighi se non nel senso che *col loro patrimonio* debbono i loro rappresentanti adempire quelle obbligazioni giuridiche. Nè vale meglio l'argomento dello Jhering. Il divieto della reazione privata contro gli incapaci altro non prova se non che questi hanno *interessi* che il diritto protegge, mentre fuori di ogni protezione giuridica restano le fiere e gli animali bruti. Non prova già che gli incapaci di volere possano avere obblighi giuridici e agire contro di essi e contro le norme giuridiche da cui questi sono creati.

(11) Sul concetto del *danno* in senso *giuridico* vedi la mia *Riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, Napoli, 1906, pp. 174, 273-275 e più oltre § 1 del cap. IV, parte II di questo lavoro. Vedi anche Brunetti, *Il delitto civile*, Firenze, 1906, § 7, pp. 15-16, il quale però, guardando la cosa esclusivamente dal punto di vista del diritto privato, e non già anche del diritto penale, ritiene giustamente che l'*interesse o bene giuridico* offeso debba necessariamente essere un " diritto soggettivo ", ed esclude dal concetto del danno giuridico la semplice " minaccia " di un interesse giuridico, cioè il pericolo di danno (nello stesso senso Ferrini, *Delitti e quasi delitti* nel " Digesto italiano ", vol. IX, P. I^a^, n° 137). V. anche Liszt, *Lehrbuch d. deutsch. Strafrechts*, 10^a^ ed., Berlin, 1900, il quale, dopo aver osservato che sotto certi presupposti e dentro certi limiti il diritto penale vieta anche il semplice *pericolo* di un bene giuridico (§ 32 *nota* 2, p. 118) aggiunge (nota 2): " Für das Privatrecht kommt *nur* die Verletzung in Frage, B. G. B., § 823 ").

(12) Vedi, in questo senso, sopra tutto: Gabba, *Questioni di diritto civile*, Torino, 1898, vol. II, pp. 225-263, e Chironi, *La colpa nel diritto civile odierno, Colpa extra contrattuale* (2^a^ ed.), vol. II, Torino, Bocca, 1906, n° 411, p. 320 e segg. In favore della risarcibilità dei danni morali vedi invece la mia *Riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, Napoli 1906, pp. 273-276. Per essa è la maggioranza della dottrina (in Filomusi, *Enciclopedia giuridica*, § 76, p. 332 nota 1, e Minozzi, *Studio sul danno non patrimoniale*, Milano, 1901).

nomico „ o “ *patrimoniale* „, cioè la lesione di un interesse economico protetto dal diritto privato e più precisamente la violazione di un diritto subiettivo privato patrimoniale (reale o di credito), basta invece al reato l'esistenza di un danno o di un pericolo di danno di qualunque natura, economica o morale, la lesione o la minaccia di un qualunque interesse o bene giuridico, patrimoniale o non patrimoniale. Delitto (o quasi delitto) civile e reato rientrano dunque ambedue sotto il comune denominatore dei fatti umani volontari ed illeciti, cioè dei *torti giuridici*, il cui concetto è necessariamente comune ad ogni campo del diritto e così al diritto privato, come al diritto penale (13). Essi sono ambedue *azioni umane imputabili* (dolose o colpose), *illecite* e, realmente o potenzialmente, *dannose* (14).

37. *b*) Ma appunto perchè il reato non è soltanto una azione umana imputabile ed illecita, ma è altresì una azione dannosa (o

---

(13) Sull'unico concetto del “ torto giuridico „ (fatto illecito) in ogni campo del diritto, e così nel diritto privato che nel diritto penale, cfr. MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, Leipzig, 1867, vol. I, p. 46 e segg. (*Zur Lehre von den Grundeinteilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen*), *Juristische Encyclopädie*, 3ª ed., Berlin, 1904, §§ 260-310, 108-120 (trattazione di molto valore); THON, *Rechtsnormen und subjektives Recht*, Weimar, 1878, cap. II; BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Bd. I, 2ª ed., Leipzig, 1890, p. 243 e segg.; LISZT, *Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht* nei “ BEKKER's Beiträge „, Berlin, 1889, fasc. 5, p. 43 e segg.; *Die Deliktsobligationen im System des bürgerlichen Gesetzbuchs*, Berlin, 1898; *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 16ª e 17ª ed., Berlin, 1908, § 26, p. 116. (“ Il reato cade con ciò, insieme all'azione illecita del diritto civile sotto il medesimo concetto del torto (*Unrecht*) o del fatto illecito (*Delikt*); vedi anche nota 3; JANKA, *Das österreichische Strafrecht*, 2ª ed., Wien, 1902, § 25, pp. 41-42; HOLD VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, Bd. I, Jena, 1903, specialmente p. 209 e segg. Diffusamente mi sono occupato del concetto del torto giuridico o fatto illecito e della responsabilità dal punto di vista della *teoria generale del diritto* (*Allgemeine Rechtslehre*) nella mia *Riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, Napoli, 1906, pp. 168-175. Per me l'unità del concetto del torto giuridico in ogni ramo del diritto non impedisce tuttavia di distinguere il *reato* (fatto illecito, torto penale) dal *delitto o quasi delitto civile* (fatto illecito, torto civile), come la determinazione del *genus proximum* non impedisce la determinazione della *differentia specifica*. Solo in tal modo può anzi ottenersi una precisa definizione del concetto del reato (*Definitio fit per genus proximum et per differentiam specificam*), v. p. II, cap. IV, § 3.

(14) Cfr. ROCCO, *Riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, pp. 172-175.

pericolosa), vedere in esso, come fa il LIEPMANN, il semplice *inadempimento di un obbligo o dovere giuridico*, vuol dire considerare in modo unilaterale ed incompleto la natura del diritto, da un lato, e del reato, dall'altro. Se, in vero, non è possibile concepire una norma giuridica che non fondi un obbligo giuridico e quindi una violazione del diritto obiettivo che non sia, altresì, una mancanza a un dovere giuridico, altrettanto impossibile è concepire una norma giuridica e un obbligo giuridico che non servano alla tutela di un interesse o bene della vita, individuale o collettivo, e quindi una violazione di una norma giuridica e di un obbligo giuridico che non si risolvano nella lesione o, quanto meno, nella minaccia di un interesse o bene giuridico, cioè appunto in un *danno* o nel *pericolo di un danno* in senso giuridico. Che cosa è, infatti, l'obbligo o dovere giuridico? È — dice il LIEPMANN — la coscienza che qualche cosa debba o non debba avvenire, epperò la condotta stessa a riguardo della quale noi sentiamo di dovere. Esso rappresenta — è sempre il LIEPMANN che parla — un comando che parte da una volontà e si dirige ad un'altra volontà. In altri termini — e più precisamente — *obbligo o dovere* giuridico è la *necessità psicologica*, in cui la *volontà*, e quindi l'*azione* umana, si trova di *determinarsi* secondo un *motivo* conscio, imposto alla *volontà individuale* dalla *volontà dello Stato* espressa nella *norma giuridica*; è la *coazione* o *pressione psico-sociale* che su la *volontà* umana esercita la *minaccia* della sanzione posta all'osservanza del comando o del divieto giuridico, unitamente alle forze etiche che dominano la società umana, e su cui il diritto pur conta per l'obbedienza dei suoi imperativi (15). Ma se questo — e nient'altro — è sostan-

---

(15) Cfr. HOLD VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, I, § 8, p. 80 e segg.; § 13, p. 164 e segg. Il concetto di " obbligo giuridico „ è, insieme con quello della " norma giuridica „ che lo crea, il concetto più importante e quasi la pietra angolare del sistema giuridico. Esso costituisce il *prius* di fronte al concetto stesso del *diritto soggettivo* e del *rapporto giuridico*; la *pretesa giuridica* (*Anspruch*) altro non essendo appunto se non, come dice il VON FERNECK, *il riflesso voluto dell'obbligo* e rapporto giuridico l'insieme di questo obbligo e di quella pretesa. Tuttavia, e non ostante la sua somma importanza, il concetto di obbligo giuridico non ha ricevuto nella *teoria generale del diritto*, e tanto meno nelle teorie delle particolari scienze giuridiche, una adeguata trattazione. Sopra tutto si disco-

zialmente, cioè psicologicamente, considerato il dovere giuridico, esso, evidentemente, non è scopo a sè stesso, nè alla norma giuridica che lo crea, ma è, come la norma stessa dalle cui viscere nasce, nulla più che un *mezzo*, di cui lo Stato si avvale, per tu-

---

nosce, o non si riconosce chiaramente, che la tutela o garanzia che il diritto fornisce a un interesse o bene di un determinato soggetto (individuale o collettivo), consiste appunto nell'imposizione a un altro soggetto o a più altri soggetti, di determinate azioni o omissioni, cioè di determinati obblighi o *doveri giuridici*: e ciò tanto nel caso che quell'interesse venga tutelato impersonalmente ed obiettivamente quanto nel caso che esso venga tutelato nella forma di un *diritto soggettivo*. Al diritto soggettivo è infatti sempre essenziale l'elemento della *pretesa* (*Anspruch*) all'altrui azione o omissione; e questa *pretesa* non è, come si è detto, se non il riflesso in un dato soggetto, dell'*obbligo* proprio di un altro soggetto: il lato attivo del rapporto giuridico il cui lato passivo è, dato appunto dall'obbligo o dovere giuridico. Ciò è evidente in quei diritti soggettivi che si esauriscono in una pura pretesa (p. es., il diritto di credito). Ma non è meno vero in quei diritti soggettivi che consistono in *facultates agendi*, per es., diritti reali, diritti su la persona altrui (di famiglia, di supremazia, ecc.), perchè alla *facultas agendi* del soggetto attivo del diritto sempre si accompagna la *pretesa giuridica*, la potestà di esigere l'azione o l'omissione imposta dall'obbligo giuridico (sul rapporto fra *facultas agendi* e *Anspruch* nel concetto del diritto soggettivo, vedi Rava, *I diritti su la propria persona*, Torino, 1901, p. 121 e segg.). Non correttamente perciò da alcuni si assume il concetto del *diritto soggettivo* come logicamente anteriore di fronte a quello dell'*obbligo giuridico*, sforzandosi di dedurre questo da quello, e non viceversa, come invece si deve. Cfr., ad es., Del Vecchio, *Il concetto del diritto*, Bologna, 1906, p. 95 e segg., 98 e segg., il quale, dopo aver definito il *diritto soggettivo* come *possibilità del soggetto di agire in conformità e dentro i limiti dell'imperativo*, designa il *dovere giuridico*, ad esso corrispondente, come *impossibilità di ogni impedimento* di questa sfera di azione giuridicamente possibile, cioè come necessità del rispetto di queste *facultates agendi*, il qual rispetto, in quanto è giuridicamente e subiettivamente esigibile, costituisce anche la *ragion di pretendere*, l'*Anspruch*. Vedi, però, in senso inverso, p. 92 e segg. e pag. 95, dove concepisce l'obbligo giuridico, come l'impossibilità di un determinato comportamento discendente *direttamente* dall'imperativo giuridico e il diritto soggettivo come la conseguente indiretta possibilità giuridica di ogni altro comportamento. Per la determinazione del concetto di " obbligo " in senso giuridico vedi anche le profonde indagini dello Schuppe, *Der Begriff des subjektiven Rechts*, Breslau, Koebner, 1887, pp. 22-24 e *passim* (v. anche la citazione *retro*, in nota al n° 18, tit. I, cap. I, § 3). Per un esatto conto dello stato della dottrina in proposito, specialmente nel diritto privato e nel diritto processuale civile, vedasi da ultimo: Redenti, nell' "Archivio Giuridico" vol. VIII, fasc. 1-3, Estratto, Roma 1907, pp. 5-6, nota 1.

telare preventivamente un bene o interesse umano, individuale o sociale, contro le manifestazioni di volontà, cioè le azioni e omissioni umane, dannose o pericolose a quel bene o interesse. A che scopo, infatti, costringere la volontà umana a determinarsi in un senso, più tosto che in un altro; a che scopo impedire certe manifestazioni di volontà, certe azioni o omissioni, e favorirne, invece, certe altre, se non perchè le prime riescono, e le seconde no, dannose o pericolose agli interessi della vita umana sociale, se non dunque per tutelare, in modo *preventivo*, questi interessi medesimi?

Or che cos'altro sono questi beni o interessi umani a beni della vita tutelati dalle norme giuridiche e dagli obblighi giuridici, mediante esse fondati, se non appunto beni o interessi " *giuridicamente* „ tutelati, se non *beni* o *interessi* " *giuridici* „? E come può, allora, concepirsi la " *mancanza a un dovere giuridico* „, che è quanto dire una manifestazione di volontà contraria alla volontà espressa nel diritto, una azione o omissione volontaria determinata da un motivo altro che quello imposto dal diritto, la quale non sia, al tempo stesso, la lesione o la minaccia, il danno o il pericolo, di un bene o interesse giuridico? (16). Chè se poi si volesse concepire il diritto nient'altro che come un *complesso di imperativi*, di comandi o di divieti, e quindi di obblighi, per sè soli esistenti, non già come un *sistema di relazioni sociali* mediante tali imperativi ordinate e coordinate, e non già come un *mezzo di tutela e di garanzia dei beni, interessi e rapporti della vita sociale*, si confonderebbe, da un lato, la norma giuridica con le altre norme della condotta umana che giuridiche non sono (morale, religione, ecc.), e si urterebbe, dall'altro, nello scoglio di una concezione puramente *formale*, e per ciò stesso inesatta, del diritto e dei rapporti giuridici. Non, dunque, il reato può essere la mancanza a un dovere giuridico senza essere, al tempo stesso, e necessariamente, la lesione o la minaccia di un bene o interesse giuridico. Potrà questo bene o interesse costituire, oppur no, un *diritto soggettivo*, secondo che al soggetto di esso sia lasciata, oppur no, la facoltà di volere, o non

---

(16) Lo riconosce lo stesso LIEPMANN quando afferma (op. cit., l. c.) che " il valore degli obblighi giuridici offesi si determina secondo l'importanza che possono avere i beni giuridici lesi „: ciò implica infatti che ad ogni offesa di obbligo giuridico si accompagni l'offesa di un bene giuridico.

volere, di esigere, o non esigere, l'azione o omissione imposta dal dovere giuridico. Certo è che un interesse giuridico leso o minacciato c'è sempre, se c'è l'inadempimento di un dovere giuridico; come c'è sempre in tal caso la violazione altresì di un *diritto soggettivo*, sia esso costituito dall'interesse che direttamente si offende, o da un altro, che solo indirettamente vien leso dall'azione contraria al dovere giuridico (17).

38. *c)* Se pertanto il reato non è solo una azione umana imputabile (dolosa o colposa) ed illecita, ma è altresì, come si è detto, una azione *dannosa o pericolosa*, è chiaro che la *natura* e il *carattere* del reato non possono esser dati da uno o da alcuni soltanto degli elementi che lo costituiscono, ma devono esser invece dati dal complesso di tutti questi elementi. E più precisamente essi non possono esser dati soltanto, come vuole il LIEPMANN, dall'esistenza di una " manifestazione di volontà contraria a un obbligo giuridico ", cioè dall'esistenza di una " azione " e di una " colpa " (nel senso del LIEPMANN), ma deve necessariamente desumersi altresì dal " *danno* " o dal " *pericolo di danno* " che costituisce l'*effetto*, il *risultato* dell'azione umana colpevole ed illecita.

Ora il *danno* non è che la *lesione* (sacrificio o restrizione, sottrazione o diminuzione) di un bene o interesse altrui protetto dal diritto; e il *pericolo di danno* non è che la *minaccia* di un bene o interesse giuridico. E come la lesione o la minaccia di un bene o interesse giuridico necessariamente desume la natura sua dalla natura del bene o interesse leso o minacciato, così il reato necessariamente ripete, in parte almeno, il suo carattere e la sua essenza dalla natura del bene o interesse giuridico leso o minacciato mediante l'azione umana imputabile e illecita che il reato costituisce. Di qui la conseguenza che la diversa *qualità* o *specie del reato* non può anch'essa desumersi se non dalla diversa *qualità* o *specie* dell'interesse giuridico violato e insieme dalla diversa qualità o specie di questa violazione (lesione, minaccia). Di qui ancora la conseguenza che la diversa *gravità* e *importanza* (o, come dicevano i nostri antichi, la diversa *quantità* del reato) non può non

(17) Quest'ultimo concetto afferma anche il BOSTROEM, *L'orientazione psicologica dell'etica e della filosofia del diritto*, Perugia, 1907, p. 295.

esser desunta anche (se non esclusivamente) dalla diversa importanza e dal diverso valore dell'interesse o bene giuridico leso o minacciato, nonchè dalla diversa quantità e gravità di questa lesione o minaccia. Lo riconosce esplicitamente anche il Liepmann, quando, confutando il Binding, afferma che " il carattere del reato è in prima linea determinato dal valore dell'interesse offeso e dalla forma della sua violazione „ (18) e che " le diverse gradazioni negli aumenti e nelle diminuzioni di pena che si trovano in ogni codice penale possono essere spiegate solo in base al diverso valore dei beni giuridici offesi o messi in pericolo e alla gravità, qualitativamente e quantitativamente diversa, di questa offesa „ (19). A torto, dunque, e manifestamente contraddicendo sè stesso, proclama il Liepmann l'assoluta impossibilità di determinare l'importanza dei beni o interessi giuridici offesi dai reati, di valutare obiettivamente e di classificare secondo il loro valore sociale i beni e gli interessi umani ai beni della vita protetti dall'ordinamento giuridico. Il fatto stesso della classificazione dei delitti e della corrispondente graduazione delle pene, attuata dal legislatore appunto in base al criterio della diversa specie e del diverso valore dei beni giuridici offesi dai reati, non è, forse, la più solenne smentita dell'affermata impossibilità di determinare la qualità e l'importanza del reato da questo punto di vista obiettivo che, se non l'unico, è certo il più importante criterio di valutazione della gravità del reato? (20). E non è forse quel fatto la dimostrazione più evidente, perchè data dalla stessa realtà positiva del diritto, della possibilità, invece, di valutare socialmente, e di classificare secondo il loro diverso valore sociale i beni e gli interessi umani ai beni della vita? Certo, questa valutazione varia da tempo a tempo e da luogo a luogo; certo è per conseguenza varia da tempo a tempo, da luogo a luogo, nei diritti storicamente divenuti e positivamente costituiti, la " sistematica dei beni o interessi giuridici „ e quindi la classificazione dei reati che li offendono e la graduatoria delle pene che li tu-

---

(18) Liepmann, *Einleitung in das Strafrecht*, Berlin, 1900, p. 13.

(19) Liepmann, *Einleitung*, p. 12.

(20) Nel senso del testo energicamente anche: Lucchini, *Le droit pénal et les nouvelles théories*, Paris, 1892, chapitre IX: *La répression*, specialm. pp. 318-321. — " Der Tarif der Strafe, dice scultoriamente a questo proposito lo Jhering, *Zweck im Recht*, Bd. I, p. 491, ist der Wertmesser der sozialen Güter „.

telano. Ma ciò altro non prova se non che quella valutazione, lungi dall'essere un criterio assoluto, è, invece, un criterio relativo e variabile; variabile da momento a momento storico, da Stato a Stato in uno stesso momento storico: che esso è, dunque, un apprezzamento di *politica*, cioè a dire di opportunità e di convenienza *sociale*, per sua stessa natura abbandonato al flusso della vita storica e soggetto ai venti delle variabili condizioni morali, sociali e politiche di un popolo. Ma non prova già l'impossibilità di questa valutazione; prova, invece, le sue diverse possibilità. Certo — e appunto perciò — una valutazione ed una classificazione dei beni giuridici e delle azioni che li offendono, unica, assoluta, universalmente valevole per mutar di tempi e di luoghi non è (in ciò ha ragione il LIEPMANN) in alcun modo possibile. Ma essa non è neppure necessaria. Non è necessaria al legislatore che non ha già da modellare l'opera sua su l'archetipo di un immutabile diritto naturale, ma deve rispondere con esso proprio e soltanto alle mutevoli necessità della vita sociale e alle ancor più mutevoli esigenze di convenienza e di opportunità politica. Ed è tanto meno necessaria all'interprete che guarda al punto fisso del diritto positivo costituito, nè può da esso in niun modo e sotto alcun pretesto discostarsi. Non all'interprete del diritto, ma al diritto medesimo spetta, invero, il compito della determinazione della specie e del valore dei beni e degli interessi umani ai beni della vita, offesi dai reati; perchè non all'uno, ma all'altro, spetta la funzione di determinare e classificare secondo la loro qualità e gravità le azioni punibili e le pene che vi conseguono. L'interprete altro non può che indagare quale sia la valutazione sociale che il legislatore ha fatto di quei beni e delle offese ad essi recate, così come egli l'ha fatta. Sostituire il suo punto di vista a quello del legislatore è, nonchè necessario, socialmente dannoso e gli è perciò appunto interdetto (art. 1°, c. p.).

39. *d)* Ma il LIEPMANN osserva che il valore degli *obblighi*, epperò (come egli stesso ammette) dei *beni giuridici offesi* " non può esser fissato nei limiti suoi che in base alla misura della pericolosità che dalla loro offesa risulta per il mantenimento della pace sociale „. E sembra, perciò, concluderne che, dunque, non dalla gravità della *lesione* o della *minaccia* del bene o interesse giuridico, cioè dalla gravità del *danno* o del *pericolo di danno* che

costituisce il risultato *diretto* o *immediato* dell'azione delittuosa, e non, quindi, dal valore del bene o interesse giuridico direttamente offeso, può esser misurata la gravità del reato. In questa osservazione vera è la premessa, ma non è vera la conseguenza. È vero che la gravità del reato si desume dal *pericolo obiettivo* che dal reato medesimo *indirettamente* e *mediatamente* " risulta „ per l'esistenza, pacifica e civile, della società giuridicamente organizzata (il così detto *danno sociale* o *mediato* del Carmignani e del Carrara). Ma non è vero affatto che la gravità della lesione o della minaccia del bene o interesse giuridico, epperò il valore e l'importanza di questo bene o interesse, sia, perciò, un criterio indifferente alla determinazione della importanza e della gravità del reato. No. Essa è così poco indifferente, a tal uopo, che il *pericolo sociale* risultante, come effetto indiretto o riflesso, dal reato avvenuto si determina proprio, se non esclusivamente, certo anche in base al danno subito o al pericolo corso dal bene o interesse giuridico della persona offesa (il così detto *danno immediato* del Carmignani e del Carrara). Per convincersene, basta considerare la natura stessa e il modo di essere del *pericolo sociale* derivante dal reato. In che cosa, infatti, consiste questa *pericolosità sociale* dell'azione delittuosa se non nella *possibilità della ripetizione* dell'azione medesima da parte così del reo che di ogni cittadino in genere in quanto questa possibilità è determinata dal delitto già avvenuto, in quanto cioè la ripetizione del reato si presenta, sopra tutto, come l'effetto di una abitudine individuale o d'un contagio psico-sociale (imitazione ed esempio) prodotto in sèguito o per effetto del delitto già commesso? E come può la riproduzione del reato nell'avvenire, il riflesso proiettato nel futuro dal reato già commesso, rappresentarsi come avente natura e gravità non rispondenti alla natura e gravità del reato medesimo? Quanto maggiore, dunque, è il valore del bene o interesse giuridico leso o minacciato dal reato, tanto maggiore e più grave sarà, per conseguenza, non pure il *danno o il pericolo immediato e diretto* del reato, ma altresì il *pericolo sociale* che dal reato indirettamente e mediatamente risulta, e così il reato medesimo (21). Concludendo:

---

(21) Così pure precisamente: Lucchini, *Le droit pénal et les nouvelles théories*, chapitre II (*Le crime et le criminel*), specialm. p. 90 e segg.

concepire il reato come un puro *inadempimento*, come una semplice *mancanza a un dovere giuridico*, ciò è a dire, come una *manifestazione* di volontà (azione) contraria alla volontà espressa nel diritto (dovere giuridico), in questa contrarietà a un obbligo giuridico riponendo, per giunta, la nozione della colpa (dolo o colpa in senso stretto, a seconda che esiste, o no, la coscienza della *Pflichtwidrigkeit*) (22), e concepire inesattamente la natura della norma giuridica penale e la natura stessa del reato, che la viola. Vuol dire, più particolarmente, perdere di vista il *risultato* sensibile (modificazione nel mondo esteriore) che deriva dalla manifestazione di volontà (azione) e il *danno* o il *pericolo di danno* (lesione o minaccia di un bene giuridico) che da ogni reato necessariamente risulta. Vuol dire confondere l'*imputabilità* (per dolo o per colpa) con l'*illiceità* (violazione di un obbligo giuridico) dell'azione delittuosa. Vuol dire, infine, disconoscere la natura e il carattere del pericolo *obiettivo* che deriva per riflesso, come effetto psico-sociale, dal reato avvenuto (c. d. *danno sociale o mediato*) (23).

---

(22) Liepmann, *Einleitung*, pp. 134 e segg., 141 e segg.

(23) Per un'analisi psicologica minuta, ma inevitabilmente incompleta, degli effetti psico-sociali del reato vedasi da ultimo: Lanza, *L'umanesimo nel diritto penale*, Palermo, 1906, capitolo II: *La teoria associazionista della responsabilità penale* nella " Rivista Penale „ (vol. LXVI, fasc. II), § 1; *Diritto penale italiano. Principi generali*, Torino, 1908, nⁱ 15-20; vedasi più sinteticamente: Merkel, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1889, § 8, p. 24; Liepmann, *Einleitung in das Strafrecht*, p. 80 e segg. (dove però si confonde il risultato diretto e immediato dell'azione (modificazione nel mondo esteriore) in quanto dà luogo alla lesione o minaccia di un bene giuridico, cioè al così detto *danno immediato*) col risultato indiretto, o mediato, che di riflesso nasce dal reato cioè con gli effetti psico-sociali del reato medesimo (così detto danno mediato o sociale): Bonucci, *L'orientazione psicologica dell'etica e della filosofia del diritto*, Perugia, 1907, p. 333 e segg. Fra i francesi vedasi: Gauckler, *De la peine et de la fonction du droit pénal au point de vue sociologique*, negli " Archives d'anthropologie criminelle „, septembre 1893, p. 46 e segg.; Vidal, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, Paris, 1902, nº 11, p. 9 e segg.; Durkheim, *De la division du travail social*, (ed. 1901), p. 73 e segg. Vedi, più oltre, p. II, cap. IV, § 3.

CAPITOLO III.

Teoria della violazione del bene o interesse giuridico.
(Teoria del LISZT e seguaci).

§ 1. — *Esposizione della teoria.*

40. Teoria del LISZT: il concetto della illiceità (formale o materiale). Bene o interesse giuridico e norma giuridica. Bene giuridico e coazione giuridica. Natura secondaria (complementare, sanzionatoria) delle norme del diritto penale. — 41. Teoria dello JANKA: volontà del diritto, norma giuridica, bene giuridico, tutela o coazione giuridica. Il torto giuridico penale. — 42. Teoria del FINGER. « Norma » e « legge penale ». Scopo delle norme (tutela di beni e interessi). Interessi giuridici e beni giuridici. Il diritto e l'obbligo di obbedienza.

40. Notevole è la teoria che intorno all'oggetto dell'offesa delittuosa epperò della tutela giuridica penale ha. in Germania. elaborato il von LISZT.

Per LISZT il reato è, come torto, alla pari del delitto privato una azione non solo imputabile, ma anche *illecita* (1). L'azione è *formalmente illecita* in quanto è trasgressione di una norma statuale, di un comando o di un divieto dell'ordine giuridico. L'azione è *materialmente* illecita in quanto è offesa agli interessi di vita del singolo o della collettività tutelati mediante le norme del diritto,

(1) LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin, 1908, (16ª-17ª ed.), § 32, p. 138; v. anche § 26, p. 114. sub. *b*: " il reato è inoltre un'azione *illecita*, vale a dire un'azione la quale formalmente contravviene a un comando o a un divieto dell'ordine giuridico e materialmente contiene in sè l'offesa o il pericolo di un bene giuridico ".

epperò in quanto è lesione o minaccia di un *bene giuridico* (2). Ma che cosa è il bene giuridico? La più ampia nozione di essa è data dal Liszt là dove parla della funzione di tutela propria del diritto penale. " Il diritto — così egli dice — è l'ordine della società organizzata nello Stato: esso consiste in un sistema di norme coattive le quali legano così il singolo come la società e garantiscono il raggiungimento degli scopi comuni. Ogni diritto è costituito per volontà dell'uomo. Esso ha per iscopo la *tutela degli interessi umani dell'esistenza*. La tutela degli interessi è l'essenza del diritto: l'idea dello scopo è la forza che costringe il diritto. Noi chiamiamo beni giuridici gli interessi tutelati mediante il diritto. *Bene giuridico è l'interesse giuridicamente tutelato*. Tutti i beni giuridici sono *interessi della vita*, interessi dei singoli o della comunità, Non l'ordine giuridico crea l'interesse, ma la vita: la tutela giuridica trasforma però l'interesse della vita in bene giuridico. Libertà personale, diritto domestico, segreto epistolare ugualmente che il diritto d'autore e d'inventore, erano interessi dell'esistenza assai prima che essi fossero assicurati mediante le carte costituzionali contro arbitrarie usurpazioni del potere dello Stato, o, mediante la legge penale, contro le offese da parte dei singoli. La necessità crea la tutela, e, col mutare degli interessi, muta il numero e la forma dei beni giuridici ".

Gli interessi dell'esistenza nascono dai *rapporti di vita* dei singoli fra di loro come dei singoli con la società organizzata nello Stato e viceversa. Dove è vita, ivi è forza che lotta secondo spontanea determinazione, secondo libero sviluppo e conformazione. In numerosi punti si sfiorano e si incrociano le sfere di volontà e reciprocamente si usurpano il campo del potere. Da queste relazioni di vita nasce l'interesse che ognuno, per effetto della sua determinazione, ha alle altrui effettive azioni o omissioni. Il locatore vuol

---

(2) Liszt, *Lehrbuch*, (16ª e 17ª ed.), § 32. p. 139. Il § 32 appare nella 16ª e 17ª ediz. notevolmente modificato di fronte alle precedenti edizioni (v., ad es., 12ª e 13ª ed., Berlin, 1903. pp. 140-141 e diversamente dall'una e dall'altra 10ª ed.. Berlin, 1900, pp. 118-119). La partizione dei delitti, secondo il Liszt, si determina appunto secondo la diversità dei beni giuridici tutelati mediante le pene e offesi mediante i reati (*Lehrbuch*, Berlin, 1900. 10ª ediz., § 79, p. 281; 12ª ed., Berlin, 1903, § 79, p. 298; 16ª e 17ª ed., Berlin, 1908, § 79, p. 295).

ottenere l'abitazione a lui locata; il creditore ricuperare il prestito del debitore: ciò che io ho guadagnato mediante il mio lavoro, nessuno deve togliermi o danneggiare: nessuno deve attentare al mio buon nome: lo Stato esige i tributi e il servizio militare, il cittadino la libertà di opinione negli scritti e nella parola. Perchè non scoppi la guerra di tutti contro tutti, vi è bisogno di un ordine di pace, di una limitazione delle sfere di potestà, della tutela di alcuni e del diniego di tutela di altri interessi.

Questo compito di regolare le azioni per la tutela degli interessi si assume la volontà generale che sta al di sopra delle volontà particolari: esso lo assolve nell'ORDINE GIURIDICO, nella separazione degli interessi leciti dagli illeciti.

L'ordine giuridico separa l'uno dall'altro il campo del potere: esso determina in quale ambito possa la volontà liberamente determinarsi, per quale estensione, in particolar modo, possa essa prevalere, esigendo o ricusando, nell'orbita della volontà di altri subietti; esso garantisce la libertà, il " poter volere „ e vieta l'arbitrio: esso eleva i rapporti di vita a rapporti di diritto, gli interessi dell'esistenza a beni giuridici; ricollegando diritti e obblighi a determinati presupposti, esso trae dal rapporto di vita il rapporto di diritto. Ordinando o proibendo, prescrivendo una determinata azione o omissione sotto determinati presupposti, le norme dell'ordine giuridico costituiscono il vallo protettore dei beni giuridici. La tutela giuridica, la quale l'ordine giuridico appresta agli interessi dell'esistenza, è *tutela di norme.* " Bene giuridico „ e " norma „ sono i due concetti fondamentali del diritto (3). Ma il

---

(3) LISZT, *Lehrbuch*, (16ª e 17ª ed.), Berlin, 1908, § 13, pp. 64-66, *sub.* I. Sul concetto del " *Rechtsgut* „ secondo l'autore si cfr. anche: LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* nella " Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft „, Bd. I, p. 1 e segg.; *Rechtsgut und Handlungsbegriff im* BINDING'*schen Handbuch*, nella " Zeitschrift „ citata, Bd. VI, p. 672 e segg. (dove afferma che il bene giuridico o, che è lo stesso, l'interesse giuridicamente tutelato non è una realtà, ma un concetto, il concetto dello " scopo „: " il bene giuridico della proprietà — così egli esemplifica — non è nè un uomo, nè una cosa, ma il diritto stesso sotto il punto di vista del pensiero dello scopo, perciò *un concetto.* Ciò vale per tutti i beni giuridici senza alcuna eccezione „); *Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft*, nella " Zeitschrift „ citata, Bd. VIII, p. 134. Non diversamente dal LISZT, il LILIENTHAL, *Grundriss zur Vorlesung über deutsches Strafrecht*, Zweite Au-

diritto non è pure *organizzazione di pace*, bensì contemporaneamente anche, secondo la sua intima natura, un'*organizzazione di lotta*. Per raggiungere il suo scopo esso abbisogna della forza la quale respinga le contrarie volontà dei singoli. Dietro l'organizzazione di pace dei rapporti di vita sta il potere sovrano dello Stato. Esso è abbastanza forte da ottenere obbedienza alle sue norme, da procurare, la dove abbisogna, pratica attuazione al logico ricollegamento del fatto con la sua conseguenza giuridica. Sorge così un nuovo momento nel concetto del diritto: *la coazione*. In tre principali forme essa si manifesta: 1º come coazione all'adempimento (forza di esecuzione); 2º come reintegrazione dell'ordine turbato o risarcimento pecuniario; 3º come punizione della ribellione...(4). Compito generico del diritto è pertanto la tutela degli umani interessi dell'esistenza; compito specifico del diritto penale è *la tutela coattiva degli interessi particolarmente meritevoli e bisognosi di protezione*, mediante la minaccia e l'inflizione della pena come un male che coglie il delinquente (5)..... Ma in tutte le sue forme, nonostante la sua specialità, il diritto penale è *diritto* che intende alla tutela di interessi. Non le specie degli interessi tutelati, che possono appartenere alle più svariate branche del diritto, ma la specialità della tutela, determina l'essenza del diritto penale. Diritti patrimoniali e di famiglia, vita e territorio dello Stato, la posizione del Capo dello Stato, come i diritti politici dei cittadini, gli interessi dell'amministrazione dello Stato e quelli delle società anonime; l'onore sessuale della donna e la sicurezza del commercio — tutti gli interessi senza eccezione possono esser partecipi della tutela coattiva che la pena concede. Il diritto penale si irradia

---

lage. Marburg. 1900, § 3, p. 10, chiama " beni giuridici „ (*Rechtsgüter*): " quegli interessi dei singoli o della comunità al cui indisturbato mantenimento lo Stato dà un valore „. Così pure tra noi: IMPALLOMENI, *Il codice penale italiano illustrato*, vol. I, Firenze, 1904, (2ª ed.), p. 20: " Gli interessi protetti dalle leggi prendono il carattere di *beni giuridici*... „ (ma vedi diversamente: *Istituzioni di diritto penale*, Torino, 1908, p. 76, dove " *bene giuridico* „ è inteso nel senso di " obietto di un diritto „; v. pure: *Codice penale illustrato*, vol. I, p. 28; *Istituzioni*, p. 77, dove *diritto subiettivo = interesse giuridico = bene giuridico*).

(4) LISZT, *Lehrbuch d. deutsch. Strafrechts*, (16ª e 17ª ed.), § 13, p. 66, *sub.* II.

(5) LISZT, *Lehrbuch*, (16ª e 17ª ed.), § 13, p. 67, *sub.* III.

con funzione completiva e tutrice su ogni campo del diritto (natura " secondaria ", " complementare ", " sanzionatoria " delle norme di diritto penale) (6).

41. Quasi del tutto simile alla concezione del Liszt è la concezione dello Janka intorno all'oggetto della tutela giuridica penale, da un lato, e dell'offesa delittuosa, dall'altro (7). " Il diritto penale — dice lo Janka — è diritto, la pena, istituto giuridico. Per lo svolgimento del concetto della pena è perciò necessario partire dal concetto del diritto. Nel concetto del diritto stanno quattro momenti:

1. *La volontà del diritto.* La volontà del diritto è la volontà collettiva, vale a dire, la comune volontà propria ad una intera società giuridica. Essa è la fonte del diritto, il fattore genetico del diritto (in antitesi al così detto diritto razionale o naturale). Ogni diritto è *diritto volontario* (*Willensrecht*).

2. *La norma giuridica.* In essa la volontà del diritto porge la sua riconoscibile manifestazione (legge, consuetudine). Il complesso delle norme giuridiche forma l'ordine giuridico (diritto in senso obiettivo). Ogni diritto è *diritto positivo* (*positives Recht*).

3. *Il bene giuridico.* Esso dà al diritto il contenuto, è la materia del diritto. Il diritto toglie questo contenuto alla vita. Per quanto multiformi siano le relazioni di vita che cadono sotto l'impero del diritto, esse hanno un lato comune: indicano, nel loro insieme, rapporti umani di interessi o di beni.

Pertanto quegli interessi di vita o quei beni di vita che il diritto protegge perchè li riconosce di grande importanza per il mondo giuridico, quegli interessi che esso dichiara interessi suoi diventano per ciò stesso interessi giuridici e beni giuridici. Ogni diritto è diritto di beni (*Güterrecht*).

4. *La tutela giuridica, la coazione giuridica.* Essa è diretta ad assicurare norme e beni giuridici. La coazione è la spada del diritto. E poichè sempre il diritto cinge questa spada, anche quando

(6) Liszt, *Lehrbuch*, (16ª e 17ª ed.), § 13, p. 68, *sub.* IV.

(7) Janka, *Das österreichische Strafrecht*, Vierte Auflage von Kallina, Wien, 1902, §§ 5. 25, 26; v. anche: *Der strafrechtliche Notstand*, Erlangen, 1878, p. 127 e segg.

esso non si trova nella necessità di impugnarla, così può dirsi: ogni diritto è diritto coattivo, diritto di coazione (*Zwangsrecht*).

Il diritto è perciò tutela di beni o interessi regolata e prodotta dalla volontà della comunità. Da ciò appare come l'anima del diritto sia lo scopo, e la sua essenza l'*assicurazione del fine* (sicurezza dei beni giuridici).

Lo stesso completamente è da dirsi per il diritto penale. Diversità non esiste. Come ogni diritto, così anche il diritto penale ha radice nello scopo del diritto stesso in virtù del quale perciò esso può solamente esser compreso.....; *come ogni diritto, così anche il diritto penale è tutela di beni o interessi e la pena è il mezzo di tutela giuridica* (8). Con un analogo procedimento logico determina lo Janka il concetto del reato: " Il reato — egli dice — è un torto giuridico. Esso è il torto giuridico sanzionato con pena. Per determinare più da vicino il concetto del reato si deve prendere per punto di partenza il concetto del torto giuridico... (9). Torto giuridico è la condotta contraria a una prescrizione (cioè contraria a una norma) del diritto, epperò, contraria al diritto... (10). Entro il concetto del torto giuridico sta il concetto del torto punibile, del reato..... (11). Il concetto del reato si può quindi determinare così: reato è quel torto giuridico relativamente al quale il diritto positivo riconosce la necessità della punizione... e di cui conseguentemente dichiara la punibilità: come tale, esso (e in tal modo il concetto del reato può rendersi con diverse parole) è una condotta punibile e contraria al diritto (contraria a una norma giuridica) „ (12).

42. Intermedia fra la dottrina del Binding e quella del Liszt, ma forse più vicina a questa che a quella, è la teorica che ci porge il Finger (13) intorno all'oggetto della tutela giuridica penale

---

(8) Janka, *Das österreichische Strafrecht*, § 5, pp. 10-12.

(9) Janka, *Das österr. Strafrecht*, § 25, p. 41.

(10) Janka, *Das österr. Strafrecht*, § 25, p. 42.

(11) Janka, *Das österr. Strafr.*, § 26, p. 42.

(12) Janka, *Oesterr. Strafrecht*, § 26, p. 44.

(13) Finger, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Bd. I. Berlin, 1904; *Das Strafrecht sistematisch dargestellt* (*Compendien des österreich. Rechtes*), I Band, 2a Auflage, 1902; *Rechtsgut oder rechtlich geschütztes Interesse*, nel " Gerichtssaal „, Bd. XL, (1888), p. 139 e segg.

e dell'offesa delittuosa. " Nella legge penale — premette il Finger — sono vietate con pena certe singole determinate azioni (reati, nel senso ampio della parola). La legge dà in tal forma prescrizioni alla condotta di coloro per i quali essa vige. Queste prescrizioni sono soltanto in piccola parte contenute nelle singole determinazioni legislative penali: per lo più sono soltanto indicate le conseguenze che debbono essere ricollegate ad una azione precisamente descritta..... Dalla minaccia della conseguenza penale risulta con logica necessità il divieto di commettere l'azione alla quale vien connessa la conseguenza penale..... Questi imperativi del diritto, i quali danno all'uomo regole per la sua condotta e generano, perciò, da una parte l'obbligo di agire in un dato modo, dall'altro la pretesa dello Stato che si agisca in tal modo, noi chiamiamo col Binding: *Norme* (14).

" La norma viene emanata per ottenere dai sottoposti alla norma quella condotta che è indicata dal contenuto della norma medesima. La norma limita, allo scopo di tutelare gli interessi della vita umana, la sfera di libertà di coloro pei quali essa vige. Sono tutelati quegli interessi i quali, secondo le particolari concezioni degli organi produttori del diritto, hanno per la società una importanza che li fa riconoscere degni di tutela e bisognosi, al tempo stesso, di questa tutela.

" Mediante la tutela delle norme giuridiche, i singoli interessi diventano beni giuridici, cioè a dire, diventano beni i quali sono dal diritto tutelati nella loro integrità. Gli interessi tutelati mediante la norma sono, ora interessi alla esistenza di certi oggetti percettibili mediante i sensi (divieto di offesa alla vita e alla integrità personale, divieto di danneggiamento alle cose), ora interessi all'indisturbato mantenimento di relazioni con gli oggetti corporei (tutela del possesso), ora infine interessi privi di tale substrato corporeo (tutela del sentimento religioso, dell'onore, dei diritti di autore o di inventore ecc.). Ogni reato è offesa di interessi, non già nel senso che mediante esso venga offeso un interesse effettivamente esistente, ma nel senso che viene offeso un interesse supposto dal legislatore al momento della formazione della legge.

(14) Finger, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Bd. I, Berlin, 1904, § 18 (*Der Gegensatz von Norm und Strafgesetz*), sub I, pp. 96-97.

" Il contenuto delle norme giuridiche muta col mutare delle concezioni del tempo intorno a ciò che per lo Stato e la società è utile o dannoso: esso si trasforma col trasformarsi delle concezioni intorno ai mezzi che debbono servire a conseguire i vantaggi e ad evitare i danni. Accanto ad ogni mutamento del contenuto rimane, sempre identica a sè stessa, la parte *formale* della norma: comandando o vietando, essa si applica a coloro che vi son sottoposti, giacchè essa, per il raggiungimento del suo scopo, vuole o ottenere una positiva condotta da parte dei sudditi, ovvero impedire una condotta la quale essa ritiene dannosa „ (15).

La norma è massima primariamente obbligante. Essa obbliga in prima linea coloro pei quali essa vige. In secondo luogo nasce dalla norma il diritto dello Stato di ottenere la condotta nella norma indicata (16). Solo contro l'uomo nasce dalla norma un diritto all'obbedienza; soltanto egli ha un obbligo di obbedienza e può agire contrariamente a quest'obbligo (17).

§ 2. — *Valutazione critica della teoria.*

43. *a)* Erroneo distacco del diritto obiettivo, dall'obbligo, dal potere (diritto soggettivo) o dal rapporto giuridico. — 44. *b)* Mancanza o imprecisione dei concetti di diritto soggettivo e di bene giuridico in sè e nei loro rapporti. — 45. *c)* Bene giuridico e norma giuridica non sono unici ed esclusivi concetti fondamentali del diritto. — 46. *d)* Deficiente considerazione del reato come offesa in tutti i casi di un interesse e di un diritto soggettivo dello Stato. — 47. *e)* Non solo la specialità della tutela, ma anche la specie degli interessi tutelati contribuisce a caratterizzare il diritto penale. Il diritto penale non è diritto puramente secondario, complementare e sanzionatorio degli altri rami del diritto, ma un sistema autonomo di norme primarie od originarie. — 47. Critica delle opinioni dello Janka e del Finger.

43. La teorica del Liszt non è che il riflesso, nel campo del diritto penale, di quella concezione teleologica o finalistica del di-

---

(15) Finger, *Lehrbuch d. deutsch. Strafr.*, Bd. I, § 20 (*Zweck und Arten des Normen*), *sub* I-III, pp. 102-103; *Rechtsgut oder rechtlich geschütztes Interesse*, nel " Gerichtssaal „, Bd. XL, (1888), p. 139 e segg.

(16) Finger, *Lehrbuch d. deutsch. Strafr.*, Bd. I, § 21, p. 109. Per contro, secondo il Finger, come secondo il Binding, le " *leggi penali* „ regolano le conseguenze giuridiche le quali sono ricollegate alle trasgressioni delle " Norme „. Esse sono in prima linea norme giuridiche *permissive* (autorizzanti: *berechtigende*): esse dànno allo Stato il diritto di porre in esecuzione il male della pena contro colui il quale non si uniforma alla norma (§ 21, p. 110).

(17) Finger, *Lehrbuch d. deutsch. Strafr.*, Bd. I, § 37, p. 206.

ritto che trova in Rudolph von Jhering il suo più strenuo e autorevole rappresentante. Come lo Jhering afferma essere lo scopo " il creatore di tutto quanto il diritto „ (18), così ripone il Liszt nel *pensiero fondamentale* dello " scopo „ — che è appunto la tutela dei beni o interessi umani della esistenza sociale — la ragion d'essere e la funzione del diritto penale (19). Non è qui il caso di sottoporre ad una revisione critica la concezione *Jheringhiana* del " fine „ nel diritto (20) e nemmeno il concetto della *Schutzstrafe* o *Zweckstrafe* del Liszt che di quella non è se non una applicazione particolare (21). Ma, pur limitando l'indagine a ciò che forma l'oggetto

---

(18) Cfr. Jhering, *Der Zweck im Recht*, Bd. I, (3ª ed.), Leipzig, 1893, Vorrede: p. viii: " Il concetto fondamentale del presente lavoro sta in ciò che lo scopo è il creatore di tutto il diritto „ (v. anche p. 442).

(19) Vedi sopratutto: Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht,* nella " Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft „, Bd. III, (1882), p. 1 e segg. (ripubblicata nelle " Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge „, Bd. I, Berlin, 1905, p. 126).

(20) Per essa vedi sopratutto tra i tedeschi: Pachmann, *Ueber die gegenwehrtige Bewegung in der Rechtswissenschaft*, Berlin, 1882, p. 33 e segg.; Kühnast, *Kritik moderner Rechtsphilosophie*, Berlin, 1887, p. 25 e segg.; tra i francesi: Aguilera, *L'idée du droit en Allemagne*, Paris, 1893, p. 227; Bouglé, *Les sciences sociales en Allemagne*, Paris, 1896, p. 103 e segg. Fra i nostri vedi la critica formidabile del Petrone, *La fase recentissima della filosofia del diritto in Germania*, Pisa, Spoerri, 1895, p. 46 e segg., e quella, più recente, e anch'essa acuta, del Del-Vecchio, *Il concetto del diritto*, Bologna, 1906, specialmente p. 138 e segg.

(21) Così non è il caso di vedere se sia, o no, giusto il rimprovero mosso al Liszt dal Netter, *Das Prinzip der Vervollkomnung als Grundlage der Strafrechtsreform*, Berlin, 1900, p. 313 e segg., di non aver dato un concetto ben definito dello " scopo „ come pensiero fondamentale (*Grundgedanke*) del diritto penale e di non aver colto la differenza fra la " *causalità naturale* „, quale è data dalla legge fisica, e la *causalità*, quale è data da una *norma etica*. Per la completa conoscenza delle dottrine di Liszt sono da consultarsi, oltre il suo *Lehrbuch* nella 16ª e 17ª ed. citata (Berlin, 1908), anche i suoi scritti minori riuniti in volume sotto il titolo: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd. I e II, Berlin, 1905. Per la critica del Liszt, da altri punti di vista, si veda tra noi: Filomusi-Guelfi, Recensione al Liszt (*Das deutsche Reichsstrafrecht,* Berlin-Leipzig, 1881) nella " Cultura „, Roma, 1881, p. 137; e in " Enciclopedia Giuridica „, Napoli, 1904. § 139. p. 584; Frassati, *La nuova scuola di diritto penale in Italia e all'estero*, Torino, 1891, pp. 303-311; *Lo sperimentalismo nel diritto penale*, Torino, 1892, p. 45 e segg. e *passim*; Ferri, *Sociologia criminale*, 4ª ed., Torino, 1900 (nei varî passi citati alla p. 987 sotto il nome di Liszt); Manzini, *L'evoluzione e lo stato del diritto penale*, estratto dal " Di-

specifico delle nostre ricerche, può la teorica del Liszt dar luogo ad osservazioni critiche di qualche importanza.

a) Un primo rimprovero può intanto muoversi al Liszt: quello di separare a torto il momento *obiettivo* dal momento *subiettivo* del diritto. E ciò in due modi: cioè, da un lato, ammettendo la possibilità di *norme giuridiche* che non determinino in alcun soggetto *obblighi o doveri giuridici*; dall'altro ammettendo la possibilità di *norme giuridiche* senza *diritti subiettivi* da esse nascenti. Per Liszt, in vero, il reato è formalmente la violazione di una norma giuridica, di un comando o divieto dell'ordine giuridico e materialmente una offesa o un pericolo agli interessi di vita del singolo o della collettività tutelati mediante le norme del diritto, cioè ai *beni giuridici*. Ma non è affatto la *violazione di un diritto soggettivo* e neanche, se bisogna stare alle sue parole, *l'inadempimento di un obbligo, la mancanza a un dovere giuridico*. Questi caratteri non sembrano essere, pel Liszt, essenziali al concetto del torto giuridico in genere e del torto punibile in ispecie. Ora, ammettere la possibilità di una violazione di norma giuridica cui non si accompagni altresì la violazione di un obbligo giuridico e di un correlativo diritto, equivale ad ammettere la possibilità di norme giuridiche che non generino nè diritti nè doveri giuridici. È ciò mai possibile senza contraddire al concetto e alla natura stessa del diritto? Non lo crediamo. Se invero è proprio di ogni norma di condotta (religione, morale, costume, ecc.), e tanto più della norma giuridica di essere *obbligatoria*, in quanto essa non è l'espressione di una *opi-*

---

gesto Italiano „, Torino, 1909, p. 140 e segg.; Florian, *Dei reati e delle pene in generale*, Milano, 1901 (nel *Trattato di diritto penale*, vol. I), pp. 35, 174. Contro la *Zweckstrafe* o *Schutzstrafe* del Liszt e a favore del concetto della *Vergeltungsstrafe* vedi soprattutto: Birkmeyer, *Was lässt von Liszt vom Strafrecht übrig?* Eine Warnung von der modernen Richtung im Strafrecht, München, 1907, pp. IV-107 e vedi le repliche dello stesso Liszt, *Ein Wort der Abwehr* nella " Zeitschrift f. die ges. Strafr. „, Bd. XXVII, p. 213; dello Tesar nell' " Archiv für Kriminalantropologie und Kriminalistik „, Bd. XXVI, p. 50; e del Torp, *Birkmeyer contra von Liszt* nella " Tidsskrift for Retsvidenskab „, 1907, pp. 15-31 (tradotto in tedesco nella " Zeitschrift „ del Liszt, vol. XXVIII, fasc. IV); cfr. anche le polemiche fra Birkmeyer e von Liszt, nel volume: *Vergeltungsstrafe, Rechtsstrafe, Schutzstrafe*. Vier Vorträge gehalten im akademisch-juristischen Verein zu München von Liszt, Birkmeyer, Kraepelin, Lipps—Heidelberg, 1906.

nione, ma di una *volontà*, non dà consigli, ma impone doveri (22); se perciò ogni norma giuridica necessariamente assume la forma di un imperativo, di un comando o di un divieto, imposto, mediante sanzione, dalla volontà dello Stato alla volontà dell'individuo; se appunto in questa *coazione psico-sociale* esercitata su la volontà individuale dalla volontà collettiva, espressa nel diritto, sta l'*obbligo giuridico* (obbligo di fare o di omettere, secondo che si tratta di un *iussum* o di un *vetitum*) — è evidente l'impossibilità di una norma di diritto, e anche di diritto penale, la quale in nessun soggetto faccia sorgere un *obbligo* o *dovere giuridico* (23).

Ma c'è di più. A differenza di ogni altra norma di condotta, la norma giuridica non è *unilaterale*, ma *bilaterale* ed *interpersonale* (24): essa perciò, mentre impone ad un soggetto un dovere (di fare o di omettere), attribuisce al tempo stesso e necessariamente ad un altro soggetto una correlativa pretesa (a che quegli faccia o non faccia). Il diritto soggettivo, nella sua più semplice espressione, non è che questa pretesa (25). Il rapporto fra il soggetto del dovere

---

(22) Sul diritto come espressione di " volontà „, non di consigli: Vanni, *Filosofia del diritto*, Bologna, 1904, p. 72. Nello stesso senso v. già Romagnosi, *Assunto primo della scienza del diritto naturale*, § XXIX.

(23) Sul concetto del dovere giuridico, accennato nel testo, e su la indissolubilità della norma dall'obbligo giuridico, si veda il già citato Hold von Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, Bd. I. § 8, pp. 73-97; Bd. II. I Abtheilung. 1905 p. 34 e segg., e Liepmann, *Einleitung in das Strafrecht*, p. 130, pure citato (vedi anche gli autori citati *retro* in nota al n° 37). Negano, invece, l'esistenza del dovere giuridico: Cohnfeldt, *Die Lehre von Interesse*, Leipzig, 1865, specialm. p. 28; Klöppel, *Staat und Gesellschaft*, Gotha, 1887, p. 274; Lotmar, *Ueber causa im röm. Recht.* Beitrag z. Lehre v. d. Rechtsgeschäften, 1875, p. 10.

(24) Sull'interpersonalità e bilateralità della norma giuridica, vedi fra i più recenti: Vanni, *Filosofia del diritto*, Bologna, 1904, pp. 67-119; Del Vecchio, *Il concetto del diritto*, Bologna, 1906, pp. 69, 95; Miceli, *La norma giuridica*, Elemento formale, Palermo, 1906, p. 174 e segg. (e in genere gli scrittori che ammettono la correlatività fra obbligo giuridico e diritto soggettivo).

(25) La più semplice espressione del diritto soggettivo è data dunque dai diritti *di credito* o *di obbligazione* (obbligazioni private e pubbliche) i quali consistono appunto in pure *pretese* o *facoltà di esigere* un'azione o omissione del soggetto passivo del diritto non in *facultates agendi* o poteri di agire del soggetto attivo. Appunto perchè il diritto soggettivo nella sua espressione più semplice si riduce a una pretesa giuridica, dice bene l'Hold von Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, Bd. I (1903), § 11, p. 127: " Also sind alle Rechte in letzter Linie obligatorische Rechte „.

e il soggetto della pretensione è appunto il *rapporto giuridico* (26). Ciò è proprio di tutte le norme giuridiche e anche delle norme del diritto penale. Il diritto, infatti, regola la condotta umana nei rapporti esteriori degli uomini fra di loro: il campo proprio dell'ordinamento giuridico è dato così dai rapporti umani di convivenza e di cooperazione sociale (27). Ogni rapporto giuridico, prima di esser tale, è dunque un *rapporto della vita sociale*. Ma ogni rapporto della vita sociale suppone necessariamente almeno due persone come termini del rapporto stesso. Ogni rapporto giuridico intercorre dunque per necessità fra due soggetti, l'uno obbligato a fare o a non fare (soggetto passivo); l'altro autorizzato ad esigere che egli faccia o non faccia (soggetto attivo). Non vi è pertanto un obbligo giuridico di un soggetto cui non corrisponda in un altro soggetto, una pretensione giuridica, cioè un diritto soggettivo: diritto soggettivo e obbligo giuridico sono due termini necessariamente correlativi: essi costituiscono i due lati inseparabili del rapporto giuridico: e non si distinguono fra di loro più che non si distinguano i due aspetti, concavo e convesso, di un medesimo oggetto. Non v'è dunque una norma giuridica la quale crei obblighi o doveri giuridici, senza creare al tempo stesso diritti soggettivi corrispondenti. E che così sia può essere dimostrato anche da altre considerazioni. Il diritto ha, secondo il concetto stesso del LISZT, una funzione specifica in confronto alle altre norme dell'operare umano, una funzione di *tutela* o di *garanzia*: essa garantisce il raggiungimento degli scopi, dei beni e degli interessi umani ai beni della vita individuale e sociale (28). Ora come può darsi uno scopo, un bene, un interesse disgiunto da un soggetto dello scopo, da un portatore del bene, da un destinatario dell'interesse mede-

---

(26) V. specialm.: MERKEL, *Juristische Encielopädie*, 3ª ed., Berlin, 1904, §§ 5, 18, 146; VANNI, *Filosofia del diritto*, pp. 132-133.

(27) Cfr. HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, I, p. 17 e segg.; VANNI, *Filosofia del diritto*, p. 91 e segg.

(28) Così, prima di ogni altro, JHERING, *Zweck im Recht*, 3ª ed. (1893), p. 445. Nello stesso senso tra noi: VANNI, *Filosofia del diritto*, pp. 94-97. Per il diritto penale insistono sopra tutto su la sua funzione di tutela o di garanzia, oltre il LISZT, l'OETKER, *Rechtsgüterschutz und Strafe*, nella "Zeitschrift f. d. ges. Strafr. „ XVII, p. 493, e il MERKEL, *Lehrbuch d. deutschen Strafrechts*, §§ 5 e 6.

simo? Come può darsi, inoltre, uno scopo, un bene, un interesse senza una *volontà*, di quel soggetto o di un altro, che quello scopo si proponga, che quel bene consegua, che quell'interesse soddisfi? E come può allora tutelarsi giuridicamente un " interesse „ senza riconoscere alla " volontà „ dell'interessato, o, se non dell'interessato, di un altro per lui, un " *potere giuridico* „ di *esigerne*, o non esigerne, il soddisfacimento, cioè un *diritto soggettivo*? Non si dànno, in conclusione, norme giuridiche che non creino, ad un parto, *doveri giuridici* e *diritti soggettivi*, che non fondino così *rapporti giuridici* fra il soggetto del dovere e il soggetto del diritto. Nè può il reato essere la violazione di una norma giuridica senza essere, ad un tempo, la trasgressione di un obbligo giuridico e insieme l'offesa di un diritto soggettivo.

44. *b*) E dall'erroneo distacco del concetto della norma giuridica dal concetto del *dovere*, del *potere*, e del *rapporto* giuridico dipende un grave difetto del LISZT: quello, cioè, di non saper offrire un concetto preciso e determinato, non solo del *diritto soggettivo*, ma neppure, ciò che più importa, di quel " *bene giuridico* „ (*Rechtsgut*) alla cui nozione egli fa pur tanto posto e tanto onore nella sua concezione scientifica del diritto in genere e del diritto penale in ispecie.

Pur volendo, infatti, accettare la certamente chiara nozione del LISZT per cui è " *bene giuridico* „ " l'*interesse giuridicamente tutelato* „ (29), pur non obiettando nulla all'identificazione, che vien qui

(29) LISZT, *Lehrbuch* (16ª e 17ª ed.), Berlin, 1908, § 13, p. 64, I, 1: " Die durch das Recht geschützen Interessen nennen wir RECHTSGÜTER. *Rechtsgut ist das rechtlich geschützte Interesse* „: *ibidem*, nota 1: " Rechtsgut ist nicht ein Gut des Rechts, sondern ein durch das Recht anerkanntes und geschütztes Gut *der Menschen* „. Non diversamente lo JHERING, identificando così il *bene giuridico* col *diritto*, definiva il diritto soggettivo: " *Rechte sind rechtliche geschützte Interessen* „, *Geist des römischen Rechts*, Zw. Th. Zw. Abt., Leipzig, 1875, p. 328). Da ciò deriverebbe la conseguenza che tutti gli interessi giuridicamente tutelati sono diritti soggettivi; il che non è evidentemente esatto (cfr. infatti lo stesso JHERING, op. cit., p. 338, dove, modificando notevolmente il suo concetto, afferma essere il diritto soggettivo " la sicurezza giuridica di un godimento „ e meglio ancora " l'autoprotezione dell'interesse „). È da notare, a tal proposito, che mentre nella definizione che il LISZT dà del *Rechtsgut*, l'espressione " giuridicamente protetto „ vale " *protetto mediante una norma*

a farsi, fra " bene " e " interesse " (30), pur rinunziando infine ad

---

giuridica ", JHERING, nella sua definizione del diritto soggettivo, intende invece l'espressione " giuridicamente protetto " nel senso di protetto mediante *coazione* e più precisamente mediante *azione giudiziaria* (per lui l'*iniziativa dell'interessato* per l'*autotutela del suo interesse* consiste appunto nell'azione esperibile in giudizio). Anche pel GAREIS, *Encyklopädie und Methodologie des Rechtswissenschaft*, 3ª Auflage, 1905, p. 158 e segg., diritto soggettivo = interesse giuridico = bene giuridico e ogni offesa di un interesse giuridico o di un bene giuridico è offesa di un diritto soggettivo (contro già BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Bd. I, 2ª ed., Leipzig, 1890, § 50, p. 343, nota 8). La nozione che il LISZT dà del " *bene giuridico* " e che ormai è divenuta dominante (vedi le citazioni *retro Introduzione* in *nota*), per quanto troppo ampia, come vedremo in sèguito, non può dirsi tuttavia inesatta. Anche il MANZINI, *L'evoluzione e lo stato del diritto penale*, Estratto dal " Digesto Italiano ", Torino, Un. Tip. Ed., 1900, p. 138, riconosce in essa " una chiara nozione del passaggio evolutivo dal semplice interesse all'esistenza a bene giuridico, cioè giuridicamente riconosciuto e protetto ".

(30) L'equazione fra " bene " e " interesse " è vivamente oppugnata dall'OPPENHEIM, *Die Objekte des Verbrechens*, Basel, Schwabe, 1894, pp. 31-39. Vi si dimostra contrario anche l'HOLD VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, Bd. I, p. 44: " Setz man es (il bene giuridico) wie etwa von LISZT, *Lehrbuch*, 65 identisch mit dem " rechtlich geschützten Interesse " dann ist sachlich freilich nichts dagegen einzuwenden; nur ist eben überflussig und obendrein deshalb nicht empfehlenswert, weil sofort die verhängnisvolle Identificierung von Gut und Interesse darauf zu folgen pflegt ". Favorevoli vi si dichiarano invece il MEYER (Hugo), *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 5ª Auflage, Leipzig, 1895, § 4, p. 22, nota 6 (nella 6ª edizione curata da ALLFELD del 1907, p. 19, nota 6): " Dabei machen wir keinen Unterschied zwischen Rechtsgut und rechtlich geschütztem Interesse " e lo STOOSS nella " Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Revue Pénale Suisse) ", Bd. VII, p. 350. Anche il KESSLER, *Rechtsgut oder rechtliche geschütztes Interesse oder subjektives Recht*, nel " Gerichtssaal ", Bd. XXXIX (1887), p. 94 (vedi anche gli articoli dello stesso autore nel " Gerichtssaal ", Bd. XXXVIII (1886), p. 561 e segg.; Bd. XL (1888), p. 580 e segg. e lo scritto, *Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtliche Bedeutung*, Berlin-Leipzig, 1884, p. 48 e segg., 50 e segg., 65 e segg.) considera " bene " e " interesse " come concetti, per quanto distinti, correlativi e pensa che tutela di beni e tutela di interessi coincidano nel loro ultimo scopo: " Güter-und Interessenschutz sind in Ansehung ihres letzten Zweckes ein und dasselbe: *Schutz menschlichen Empfindens* " (p. 117). Ma sopra tutti si dimostra fautore della equiparazione fra " bene " e " interesse " il MERKEL, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889, § 7, pp. 20-21, le cui parole val la pena di riportare: " Si questiona se come immediati oggetti della tutela giuridica, da un lato, e dell'offesa delittuosa, dall'altro, siano da considerarsi i *beni* o gli *interessi*. Questione infruttifera! Nella maggior parte

ogni nozione di questo bene o interesse (31), non si può certo dire che ogni dubbio si dilegui in proposito. Molti punti oscuri, invece, rimangono, che non vale a mettere in luce la concezione del LISZT. In qual modo, anzi tutto, si ricollegano " *norma* „ e " *bene giuridico* „? Come il " bene „ diventa " giuridico „ mediante la " norma „? Che s'intende per " diritto subiettivo „? Che cosa c'è di comune,

---

delle specie delittuose l'oggetto di offesa si lascia indicare ugualmente bene con l'uso dell'uno come con l'uso dell'altro concetto, senza che con ciò si cada in contraddizione col contenuto delle disposizioni giuridiche violate. Così, quale oggetto di offesa nelle lesioni personali si può indicare l'integrità corporale del singolo in quanto è posta sotto tutela giuridica. Ma questa integrità partecipa della tutela giuridica soltanto per la sua caratteristica di essere un bene umano; ed è un bene soltanto avuto riguardo alla sua importanza per gli umani interessi. Da ciò segue che tanto vale il dire che il diritto tutela il bene di questa integrità quanto l'interesse al suo mantenimento o anche semplicemente questa integrità. Tuttavia allorchè si tratti di mettere innanzi l'uno piuttosto che l'altro concetto, deve, senza alcun dubbio, aver la preferenza il concetto dell'interesse „ (in senso contrario, invece, dichiara il BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Bd. I, 2ª ed., § 51, p. 356, nota 1: " Unmissverständlich kann man aber fast immer nur das Eine sagen „). Anche a noi il concetto di " bene „ e quello di " interesse „ appaiono essenzialmente correlativi ed equivalenti, perchè, come ben dice JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2ª ed., Tübingen, 1905, IV, p. 43: " Was objektiv gefasst als Gut erscheint, wird subjektiv zum Interesse. Ein Interesse ist ein Gut nach der subjektiven Wertschätzung für die menschlichen Zwecke „. Ma ci sembra che a torto il LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (17ª ediz., Berlin, 1908, § 13, pp. 64-65, nota 1, dichiari la questione " puramente terminologica „. No. La questione non è già soltanto di forma o di parola, ma di sostanza. Essa si ricollega ad un più alto problema filosofico. L'equazione: bene = interesse non può essere, infatti, accettata o respinta, se non in base a generali vedute filosofiche. " L'identificazione — nota bene il FILOMUSI-GUELFI (*Enciclopedia giuridica*, Napoli, 1904, § 39, p. 149, nota 5) nasce dal concetto utilitario che identifica il *sistema degli scopi o dei beni* col *sistema delle utilità* e quindi degli *interessi* „ (cfr. anche op. cit., §§ 3, 4, 8). Vedi, infatti, a favore di questa identificazione e coerentemente a una veduta filosofica utilitaria, il VANNI, *Lezioni di filosofia del diritto*, Bologna, 1904, specialmente a p. 96.

(31) Sui diversi significati della parola " interesse „ si veda: KESSLER, *Rechtsgut oder rechtlich geschütztes Interesse oder subjektives Recht* nel " Gerichtssaal „, 1887, p. 100-101; JHERING, *Besitzwille*, Jena, 1889, p. 25, nº 1. COHNFELD, *Lehre von Interesse*, Leipzig, 1865; PACHMANN, *Ueber gegenwärtige Bewegung in der Rechtsw.* cit., p. 49.

che cosa di diverso, fra il " bene giuridico „ e il " diritto soggettivo „? — A rispondere alle due prime domande non basta il dire col LISZT, che i beni giuridici, prima ancora di divenir tali, sono interessi della vita, interessi dei singoli o della comunità e che è la tutela giuridica che trasforma gli interessi della esistenza in beni giuridici (32). E neppure basta il soggiungere che la tutela,

---

(32) Il MANZINI, *L'evoluzione e lo stato del diritto penale*, estr. del " Dig. ital. „, Torino, Un. Tip. Ed., 1900, p. 138 e segg., muove appunto al LISZT di " chiamare *Interessenschutz* quella tutela che si svolge con norme giuridiche sopra *rapporti giuridici* „. " Se dessa — egli aggiunge — può agire soltanto in quanto quegli " *interessi* „ siano divenuti " *beni giuridici* „, non rende intero il significato che pretende di esprimere, avvegnachè un *interesse* possa non essere *un diritto* e quindi non formare oggetto di generale o speciale protezione da parte dello Stato „ (p. 139). Noi non possiamo convenire nella critica dell'egregio scrittore. Perchè — a parte la non esatta identificazione, che in essa si nota, fra il " bene giuridico „ e il " *diritto* „ in senso soggettivo — non è punto vero che la tutela delle norme giuridiche penali si svolga sempre e necessariamente su *rapporti giuridici* già costituiti in virtù di altre norme giuridiche, nè su *interessi* già divenuti *beni* " *giuridici* „. La tutela del diritto penale è tutela primaria, non secondaria, originaria, non derivata. Essa cade direttamente su *beni e interessi* umani o beni dell'esistenza, non necessariamente su *diritti subiettivi* e neanche soltanto su interessi e *beni* che già siano *giuridici*. Gli *interessi* e i beni della esistenza, tutelati dal diritto penale, diventano *interessi* e *beni* " *giuridici* „ appunto in forza delle norme del diritto penale. E anche quando le sanzioni penali proteggono *interessi* elevati già da altre norme giuridiche a *diritti subiettivi* (come avviene nella tutela penale dei diritti patrimoniali), in realtà — come si è altrove notato (cfr. *retro* n° 13) — non si tratta più che di una *coincidenza*, su di un medesimo *interesse*, di due o più specie di tutela giuridica, l'una penale e le altre non penali. Si tratta, cioè, di più norme giuridiche, di cui alcune non appartengono, ed altre appartengono, al diritto penale e che tutelano ad un tempo *uno stesso interesse* non solo in vario modo (cioè con o senza la concessione di diritti soggettivi), ma spesso in varia misura. — Anche il MERKEL, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889, § 7, p. 21, combatte efficacemente quest'errore, in cui pur cadono giuristi eminenti, di indicare come oggetto della tutela giuridica penale (nonchè della privazione o restrizione giuridicamente operata mediante la pena) il *bene* " *giuridico* „ (e, peggio ancora, il " *diritto soggettivo* „) invece del semplice " bene „ o " interesse „ della esistenza: " A questo rapporto „ (fra gli interessi individuali e gli interessi sociali in forza dei quali viene ai primi concessa la tutela giuridica), egli dice, ci si richiama quando si parla di " *beni giuridici* „ come oggetti di offesa dei reati. Noi chiamiamo beni giuridici la libertà, la sanità, ecc., perchè ed in quanto essi, in forza della connessione fra interessi singoli ed interessi comuni,

che l'ordine giuridico appresta agli interessi della esistenza, è *tutela di norme*. Bisogna anche spiegare in qual modo operi la norma giuridica nell'apprestare la sua tutela agli interessi umani e ai beni dell'esistenza, individuale e collettiva, quale sia, a dir così, il meccanismo proprio di questa tutela che le norme giuridiche apprestano. E allora — se si riconosce che le norme dell'ordine giuridico

---

stanno sotto la tutela giuridica e possono conseguentemente essere oggetto di una offesa giuridicamente illecita. A questa espressione, molto utile, si sono disgraziatamente ricollegate controversie difficilmente comprensibili e anche veri e propri errori. *Così si parla di beni "giuridici" come di oggetti di tutela "giuridica", mentre soltanto mediante questa tutela, sia essa di natura giuridica privata o di natura giuridica penale, i "beni umani" diventano "beni giuridici"*. Si determina l'essenza della pena come "*tutela di beni giuridici mediante offesa di beni giuridici*" (*Rechtsgüterschutz durch Rechtsgüterverletzung*), mentre i beni i quali vengono lesi mediante la giustizia penale — in quanto ciò avviene — non stanno sotto tutela giuridica, epperò non possono venire offesi *come beni "giuridici"*. Lo stesso Manzini sembra a questo proposito aver del tutto mutato il suo pensiero. Nel suo recente *Trattato di diritto penale italiano* (vol. I, Torino, Bocca, 1908) egli invero non solo ripudia la identificazione fra "*interesse*" o "*bene giuridico*" e "*diritto soggettivo*" (n° 42, p. 47: "..... non ogni interesse individuale garantito giuridicamente può costituire un diritto soggettivo..."), ma riconosce esplicitamente che la tutela giuridica penale ha carattere *non secondario, ma primario*, e si svolge, sì, mediante norme giuridiche, ma non su *diritti soggettivi* e su *rapporti giuridici* e nemmeno su *beni* che già siano *giuridici* (*Rechtsgüterschutz*), ma invece sopra semplici interessi e beni della esistenza (*Interessenschutz*). Scrive egli infatti esattamente (*Trattato di diritto penale*. vol. I. n° 42, p. 46): "Il diritto penale in rapporto a questo sistema di norme (che costituisce l'ordine giuridico nel suo complesso) deve avvisarsi sotto due aspetti: nel primo apparisce come parte costituente dell'ordine giuridico, in quanto *rende giuridici mediante le sue norme interessi che altrimenti avrebbero carattere meramente morale e sociale*; nel secondo si presenta come sanzione massima di tutto l'ordine giuridico (*non tuttavia anche come parte costituente dell'ordine giuridico?*) tanto in rapporto agli interessi che devono esclusivamente ad esso la loro tutela, quanto rispetto a quei beni giuridici che, già riconosciuti e protetti da altre branche del diritto, si vollero, in base a criteri di politica criminale, ulteriormente assicurati mediante la sanzione penale". E più oltre (n° 42, p. 47): "quando si dice che il diritto penale costituisce la tutela dell'ordine giuridico non bisogna concepirlo come un diritto sanzionatorio di tutte le norme che quest'ordine costituiscono, ma (e qui si ricade nel concetto stesso che si vuol combattere) di quelle condizioni soltanto indispensabili al mantenimento dell'*ordine giuridico* (esattamente si direbbe: *sociale*) *generale*" (cfr. in modo anche più preciso la nota 3 a p. 46 della stessa opera da noi riferita dietro in nota al n° 16).

esplicano appunto la loro protezione sui beni e interessi umani ai beni della vita " ordinando o proibendo, prescrivendo, sotto determinati presupposti, una determinata azione o omissione „, come potrà poi riconoscersi un " *bene giuridico* „ di un soggetto a cui non si accompagni, in un altro soggetto, e per virtù stessa della norma che quel bene protegge, l'*obbligo giuridico* di rispettarlo? E se poi è vero che " l'ordine giuridico separa, l'uno dall'altro, il campo del *potere* „; se è vero che " esso determina in quale àmbito possa la *volontà liberamente determinarsi* e specialmente in quale estensione possa *prevalere*, *esigendo o ricusando*, nell' orbita della *volontà* di altri subietti „: se è vero che " l'ordine giuridico garantisce la *libertà*, il *poter volere* e vieta l' arbitrio „: — come potrà mai l'*interesse della esistenza* venir protetto da una *norma giuridica*, diventare un bene " *giuridico* „, se non appunto a patto che si riconosca alla " *volontà* „ di un " soggetto „, una " libertà „, un " *potere giuridico* „ di determinarsi, esigendo da altri le azioni conformi, respingendo quelle disformi a quell'interesse? E, infine, affermare che " l'ordine giuridico trae dal *rapporto di vita* il *rapporto di diritto*, ricollegando *diritti* e *obblighi* a determinati presupposti „ non è come dire che l'*interesse della esistenza*, in tanto si trasforma in *bene giuridico*, in quanto il diritto obiettivo, da un lato, imponga a un soggetto l'*obbligo giuridico* di fare o di omettere ciò a cui un altro soggetto ha interesse, e, dall'altro, conceda a un soggetto interessato una *pretesa giuridica* a questa azione o omissione? E che cosa è mai questa pretesa giuridica, se non appunto un " diritto „ in senso soggettivo? La verità è che la nozione del " diritto soggettivo „ nella teorica del Liszt è assente, come è assente la differenza fra il concetto del " diritto soggettivo „ e quello del " bene giuridico „ (33). A colmare questa lacuna non vale soggiungere, come soggiunge il Liszt, che " il concetto del bene giuridico è, secondo il suo punto di vista, *più ampio* di quello del diritto soggettivo „ (34). Questa non è che

(33) Anche il Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Bd. I (2ª ediz.). Leipzig, 1890, § 50, p. 343, nota 8, osserva: " Worin sich aber Rechtsgut und subjektives Recht unterscheiden, vergisst v. Liszt zu sagen „.

(34) Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (10ª ediz., Berlin, 1900), § 13, p. 54, nota 1; (nella 12ª ediz., Berlin, 1903-04, § 13, p. 66, nota 1): " Der Begriff des Rechtsgutes ist nach meiner Ansicht weiter als der des subjektiven Rechts „. E precedentemente (*Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht* nella

una differenza *quantitativa* e non *qualitativa*, che non ci dice in che cosa sostanzialmente il semplice interesse giuridicamente protetto si distingua dal diritto soggettivo. E neppure basta il dire, come ha detto ultimamente il Liszt, " che il bene può, ma non ha bisogno di essere giuridicamente tutelato mediante la concessione di un diritto soggettivo „ (35). Che non tutti i beni giuridici siano al tempo stesso anche diritti soggettivi, può essere, anzi è certamente. Ma sono tutti i diritti soggettivi beni giuridici? E, insomma, che cosa è il diritto soggettivo, in che cosa si assomiglia, in che cosa si differenzia, dal bene giuridico? La stessa nozione che il Liszt ci dà del bene giuridico come di un interesse giuridicamente protetto, per quanto chiara e non inesatta, è dunque, a causa della stessa sua latitudine ed indeterminatezza, una nozione certamente insufficiente e incompleta (36).

45. *c*) La rispettivamente assente o deficiente nozione del diritto soggettivo e del bene giuridico in sè stessi e nei loro rapporti, conduce Liszt ad un nuovo errore: l'errore di assumere, come concetti fondamentali del diritto, in luogo del " *diritto obiettivo* „, del " *diritto subiettivo* „ e dell' " *obbligo giuridico* „ (rapporto giuridico) semplicemente: la " *norma giuridica* „ e il " *bene giuridico* „ (37). Che ciò debba esser considerato come un progresso dal punto di vista dell'elaborazione di una " *teoria generale del diritto* „ è cosa di cui si può dubitare (38). In ispecie non si riesce a vedere

" Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissens. „, Bd. VIII, p. 136) aveva scritto essere il concetto del bene giuridico " der Gattungsbegriff dessen einen Teil das subjcktive Recht bildet „.

(35) Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (16ª-17ª ediz.), Berlin, 1908, § 13, p. 65. nota 1: " Es kann (das Rechtsgut), braucht aber nicht, durch die Gewährung eines subjektiven Rechts geschützt zu sein „.

(36) Anche più severa è la critica del Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Bd. I, Leipzig, 1890, § 50, p. 343. nota 8: " Sein Rechtsgutbegriff (di *von Liszt*) ist schon wegen seiner Ausdehnung wertlos „.

(37) Così pure, su le traccie dello Jhering, oltre il Liszt: Gareis, Janka, ecc. (Cfr. *Op. cit.*, loc. cit. nelle note precedenti).

(38) Anche il Binding, che è, come è noto, uno dei più autorevoli scrittori dell' "Allgemeine Rechtslehre „, ammonisce (*Die Normen und ihre Uebertretung*, Bd. I. Leipzig, 1890, § 9, p. 63, nota 19): " Nicht die Norm und noch viel weniger das Rechtsgut sind die beiden Grundbegriffe des Rechts „.

qual vantaggio ad essa derivi dal sostituire e porre in onore, al posto del *diritto soggettivo* — il cui concetto, per quanto inevitabilmente discusso, è tuttavia generalmente riconosciuto come un fondamentale concetto giuridico, — la nozione così incerta, così instabile del " bene giuridico ", della quale scrittori anche autorevoli hanno potuto affermare doversi essa rigettare dal campo della scienza giuridica (39) e altri, non meno autorevoli, hanno potuto dire che attualmente nessuno ben sa che cosa il bene giuridico sia (40). Ma, a parte ciò, è certo che, come fu un errore dello JHERING l'aver combattuto ad oltranza il " *dogma* " della " *volontà* " per sostituirvi il " *dogma* " dello " *scopo* " (41), e l'aver trascurato la nozione *formale* del diritto per fermarsi esclusivamente su la considerazione del *contenuto*, della *materia* del diritto stesso (42): —

---

(39) Così, KESSLER, *Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtliche Bedeutung*, Berlin u. Leipzig, 1884, p. 48 e sg.; *Rechtsgut oder rechtlich geschütztes Interesse oder subjektives Recht?* nel " Gerichtssaal ", Bd. XXXIX (1887), p. 94 e sgg. (Cfr. anche "Gerichtssaal ", Bd. XXXVIII (1886), p. 561 e sgg.; XL (1888), p. 580 e sgg.) e specialmente il VON BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, Bd. I, *Das Strafgesetz*, Berlin, 1906, § 7, p. 26, il quale dichiara il concetto del bene giuridico multiforme e per ciò stesso inutile e superfluo.

(40) Così HOLD VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, Bd. I, Jena, 1903, p. 144 " ... heute wohl Niemand genau anzugeben vermag was ein Rechtsgut ist ".

(41) Cfr. JHERING, *Der Zweck im Recht*, Bd. I, 3ª ediz., p. 442 e sgg.; ma vedi, per la giusta parte che deve farsi al concetto dello scopo nella definizione degli istituti giuridici, lo stesso JHERING, *Geist des römischen Rechts*, Zw. Th., Zw. Abth., Leipzig, 1875, p. 364. Cfr., per la critica del dogma dello scopo, gli autori citati *retro* a nota 20.

(42) Questo errore si rivela già nella definizione che lo JHERING dà del *diritto* in senso *oggettivo*: " Diritto è il complesso delle condizioni di esistenza della società, assicurate mediante coazione esterna dal potere dello Stato " (*Der Zweck im Recht*, Bd. I, 3ª ediz., 1893, p. 511). Si palesa, in secondo luogo, nella definizione che egli porge del *diritto subiettivo*: " Diritti sono interessi giuridicamente protetti " (*Geist des römischen Rechts* cit., III Th., I, Abtheilung, p. 328). Si manifesta, infine, nella sua definizione del concetto del reato: " Reato è il pericolo per le condizioni di vita della società, constatato dal legislatore come rimovibile soltanto mediante la pena " (*Der Zweck im Recht*, Bd. I, pp. 490-491). Di questi errori sembra fare ammenda lo stesso JHERING in altri luoghi delle sue opere, dove all'elemento formale del diritto, così oggettivo che soggettivo, è fatto un posto più conveniente. Cfr. *Der Zweck im Recht*, Bd. I, 3ª ediz. (1893), p. 443: " Diritto è l'*assicurazione* delle condizioni di esistenza della società in forma di coazione "; *Geist des römischen Rechts*, 3ª Th.,

così è pure un errore dei suoi seguaci — ed anche del Liszt — l'aver ridotto il concetto del diritto in genere, e del diritto penale in ispecie, ad una pura “ *tutela di interessi* „, trascurando completamente la ricerca del modo onde quella tutela si attua. Il quale consiste, da un lato, nell'esercitare, mediante un comando o un divieto sanzionato, una coazione psico-sociale su la volontà dei soggetti umani, *obbligandola* a determinarsi secondo un motivo posto dal diritto, e dall'altro lato, nello stabilire, con ciò stesso, i limiti entro i quali la volontà di un soggetto può liberamente determinarsi, escludendo ogni impedimento frapposto a questa determinazione, dalla volontà di altri subietti. Che funzione specifica delle norme giuridiche sia quella appunto di garantire gli scopi, gli interessi e i beni della vita individuale e sociale; che in questa funzione si assommino tutti, o quasi, i caratteri propri del diritto, è cosa in cui si può, dunque, convenire (43). Ma ciò non autorizza punto a disconoscere la natura del diritto in sè come un “ *complesso di imperativi* „, di *comandi* o di *divieti*, e quindi di “ *obblighi* „ *giuridici* imposti, mediante sanzione, alla *volontà individuale* dalla *volontà* superiore *dello Stato* (44): comandi o divieti e quindi ob-

---

1ª Abth., p. 338: diritto (soggettivo) è “ la sicurezza giuridica di un godimento „ o “ l'autoprotezione di un interesse „. — Per la critica delle definizioni Jheringhiane del diritto oggettivo e soggettivo, più sopra riportate, vedi: Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Gotha, 1883, Bd. II, p. 59 e sgg., 137 e sgg.; Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878, p. 219 e sgg., e fra noi: Del Vecchio, *Il concetto del diritto*, pp. 136-148. Per quanto riguarda il concetto Jheringhiano del reato (seguìto anche da Jellinek, *Socialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Wien, 1878, p. 56, e da Meyer nella 4ª ediz. del suo *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, p. 30) ben osserva il Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Bd. I, Leipzig, 1890. § 50, p. 339, nota 1: “ Richtig sind diese Definitionen nur für den Soziologen, nicht für den Juristen „.

(43) Su ciò è, infatti, ormai unanime il consenso. Vedi, da vari punti di vista, oltre lo Jhering, citato: Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878, p. 4; Bierling, *Juristische Principienlehre*, Freiburg u. Leipzig, 1894-1898, Bd. I, pp. 25-26; Merkel, *Juristische Encyclopädie*, 3ª ed., Berlin, 1904, p. 13; Hold von Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, Bd. I, Jena, 1903, § 5, p. 33 e sgg.; tra noi: Vanni, *Filosofia del diritto*, Bologna, 1904, pp. 68 e sgg., 94 e sgg.; Filomusi-Guelfi, *Enciclopedia Giuridica*, Napoli, 1904, pp. 11 e 35.

(44) Sul diritto, come *complesso di imperativi*, vedi sopra tutto: Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878, p. 2 e sgg. (specialm. p. 8: “ Das gesammte Recht einer Gemeinschaft ist nichts als ein Complex von Impera-

blighi giuridici mediante i quali soltanto possono gli scopi. gli interessi e i beni della esistenza trasformarsi, non pure in diritti soggettivi, ma anche in semplici beni e interessi giuridici. e possono i rapporti della vita sociale convertirsi in rapporti della vita giuridica.

46. *d)* Di un altro appunto può essere ancor tacciata la dottrina del Liszt. Se, invero, è suo merito l'aver rilevato la funzione di tutela che il diritto penale esercita su gli interessi e sui beni della vita, individuali e collettivi, non si può tuttavia negare che al Liszt sfugge quasi del tutto l'importanza che il reato ha, non già soltanto come violazione di beni o interessi, direttamente proprii degli offesi (individui e collettività), ma come violazione, in ogni caso, di un *interesse sociale e pubblico proprio dello Stato.* Il reato, infatti, non è solo e semplicemente la lesione o la minaccia, diretta e immediata. di un bene o interesse giuridico variabile con la specie del reato stesso e pertinente all'individuo o alla collettività che ne costituisce il soggetto passivo. Esso è anche al tempo stesso e sempre l'offesa di un interesse sociale e pubblico dello Stato espresso nella norma del diritto penale obiettivo, perchè ogni reato, se anche direttamente violi soltanto un interesse privato. lede pur sempre, pel fatto stesso di trasgredire un comando o un divieto del diritto penale, un pubblico interesse; l'interesse cioè dello Stato alla *tutela*, alla *difesa*, alla *garanzia* giuridica penale dell'interesse o bene della esistenza. proprio del soggetto (individuo o società) direttamente offeso dal reato (45). Se si è potuto dire dal Merkel.

tiven „) e Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Gotha, 1880, II, p. 7 e sgg. (specialm. p. 12, dove vuole " der Grundsatz von der imperativischen Natur alles Rechts in vollem Umfange festhalten „): e già lo stesso Jhering, *Geist des römischen Rechts*. Leipzig, 1875, p. 358: *Der Zweck im Recht*, Bd. I, p. 380. Fra noi, vedi: Romagnosi, *Assunto primo della scienza del diritto naturale*, § XXIX, Filomusi-Guelfi, *Enciclopedia Giuridica*, §§ 7 e 12 (cfr. pure le citazioni *retro* in nota al n° 18).

(45) Meglio di ogni altro ha messo in luce l'importanza del reato come offesa in ogni caso di interessi sociali il Merkel, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889, § 4, pp. 10-12 (cfr. il testo più oltre n° 53 e sgg.). Bene nello stesso senso anche Bennecke und Beling, *Lehrbuch des deutschen Reichs-Strafprozessrechts*, Breslau, 1900, § 1, p. 1: " Ogni reato, anche quando esso offenda in

e da altri con lui, che il diritto, in nessuna delle sue parti, e neanche come diritto privato, riveste il carattere di un privato istituto, perchè esso è sempre, in fin dei conti, l'espressione di interessi sociali (46), a maggior ragione deve ciò ripetersi per il diritto penale che, come ramo del diritto pubblico, è senza dubbio costituito a garanzia di scopi e di interessi pubblici e collettivi (47). La pena, infatti, sia come minaccia (sanzione), sia pure come esecuzione della minaccia (applicazione della sanzione) non ha mai luogo soltanto nell'interesse di un individuo (il soggetto passivo del reato), ma sempre nell'interesse della comunità: essa non ha mai per scopo, neppure nel momento della sua esecuzione, la soddisfazione dell'interesse del privato offeso, ma sempre e soltanto la tutela dei beni giuridici di tutti i cittadini, epperò serve senza dubbio al pubblico interesse (48). Il riconoscimento dell'esistenza di

---

prima linea l'uomo singolo, si dirige in ultima linea contro lo Stato, come organo del diritto e dell'ordine. Ogni reato offende interessi statuali.... „. Il concetto è ormai comune, se pure non da tutti chiaramente precisato e determinato, anche nella dottrina italiana (v. ad es. fra i più recenti: FLORIAN, *Dei reati e delle pene in generale*, Milano, Vallardi (senza data, ma pubblicato nel 1901), vol. I del *Trattato di diritto penale*, § 2, p. 1; MANZINI, *Trattato di diritto penale*, Torino, Bocca, 1908, p. 47. V. anche le citazioni del BRUSA e del CARNEVALE *retro* in nota al n° 3 della *Introduzione*).

(46) MERKEL, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889, § 5, p. 13: " Das Recht hat in keinem seiner Teile den Carackter eines Privatinstituts „; v. anche § 4, p. 10: " Das Recht ist in allen seinen Teilen ein Organ solcher Interessen (einer Vielheit)... Vedi anche nello stesso senso: già HENKE, *Handbuch des Criminalrechts*, Berlin, 1823, Bd. 1, pp. 184-185, e fra i moderni: THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878, p. 110 e sgg.; FINGER, nel " Gerichtssaal „, 1888, p. 14; GERLAND, nel " Gerichtssaal „, Bd. LIX, p. 97; GIERKE, *Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs*, Berlin, 1873, p. 133.

(47) L'appartenenza del diritto penale al " diritto pubblico interno „ è una comune e non più discutibile opinione. Inutile citare in proposito autorità. Vedi tuttavia fra i più recenti in Germania: FINGER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Bd. 1, Berlin, 1904, § 1, p. 1; BELING, *Grundzüge des Strafrechts*, Tübingen, 1905, § 2, p. 2; in Austria: JANKA, *Das österreichische Strafrecht*, Wien, 1902, § 10, p. 16; in Italia: MANZINI, *Trattato di diritto penale*, vol. I, Torino, 1908, p. 47.

(48) Così pure: JANKA, *Das österreichische Strafrecht*, Wien, 1902, § 10, p. 16: " Die Strafe erfolgt nicht allein in dem Interesse des durch das Verbrechen verletzten Privaten, sondern im Interesse des Gemeinwesens, sie ist nicht bestimmt sein Gut allein zu schützen, sondern die Rechtsgüter Aller, sie soll dem öffentlichen Interesse dienen „.

tale interesse sociale che ogni norma giuridica, e tanto più la norma giuridica penale, esprime, che ogni reato offende, che ogni pena tutela, si rivela in fondo, più o meno chiaramente, nelle stesse parole del Liszt. Se il diritto è costituito per " *volontà* „ degli uomini ed ha per " scopo „ la tutela degli interessi umani della esistenza; se " l'*idea dello scopo* „ è la forza che costringe il diritto, come negare che questo " scopo „, in quanto è preso di mira da quella " volontà „, costituisca un " bene „ o, che è lo stesso, un " interesse „ per chi si propone lo scopo? E chi può quello scopo proporsi se non la collettività, lo Stato? Se è la " necessità „ che " crea la tutela „, di qual necessità può trattarsi se non di una *necessità sociale?*

E non basta. Questo " *interesse sociale* „ *alla tutela* dei beni e interessi ai beni individuali o collettivi, della vita sociale non è, e non rimane, nel campo del diritto penale un puro e semplice " interesse „, ma riceve, esso stesso, una " autoprotezione giuridica „ e si trasforma così in un *interesse giuridicamente protetto*, anzi, in un vero e proprio *diritto subiettivo*. Mediante i comandi o i divieti del diritto penale nasce, invero, in ogni cittadino l'*obbligo giuridico* di agire in conformità di quei comandi o divieti, l'*obbligo* cioè di fare ciò che vien comandato o di omettere ciò che viene vietato, nell'interesse pubblico o sociale (interesse della collettività), dalle norme del diritto penale. Di rimpetto a questo obbligo giuridico sta, dunque, non soltanto un interesse della società, ma un vero e proprio *diritto subiettivo pubblico* dello Stato, che è il diritto *all'azione o omissione* comandata o vietata sotto la sanzione penale (49). Anche questo il Liszt non ha veduto nè poteva — coerentemente — vedere (50).

---

(49) È il concetto del Binding del diritto dello Stato all'obbedienza (cfr. *retro* n° 24) debitamente modificato e corretto con la menzione del contenuto speciale di questo diritto (azione o omissione comandata o vietata dal precetto penale) e dello scopo del diritto stesso (interesse alla tutela di altri beni e interessi).

(50) La considerazione del reato come *offesa*, in ogni caso, degli *interessi sociali*, di cui il diritto è l'espressione, ha finito con l'imporsi allo stesso Liszt. Infatti, nell'ultima edizione (16ª e 17ª) del suo *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1908, § 32, pp. 138-139, egli, dopo avere affermato che un'azione per essere reato deve essere giuridicamente *illecita*; dopo avere (non esatta-

47. *e*) E siamo all'ultima censura cui offre il fianco la teorica del Liszt: quella di ritenere che *non le specie degli interessi tutelati*, appartenenti, invece, alle più svariate branche del diritto, ma soltanto la *specialità della tutela* determini l'essenza del diritto

---

mente, per verità) distinto una doppia specie di *illiceità* o *antigiuridicità*: l'illiceità o antigiuridicità *formale* e quella *materiale*, che, pur essendo distinte, debbono entrambe concorrere nell'azione; dopo aver dichiarato che l'azione è *materialmente antigiuridica* in quanto è l'offesa a un interesse di vita del singolo o della comunita, tutelato mediante le norme giuridiche (lesione o minaccia di un bene giuridico), soggiunge (p. 139): " La lesione o la minaccia di un bene giuridico è materialmente antigiuridica solo quando *contraddice agli scopi dell'ordine giuridico regolante la vita in comune*; essa è, nonostante la sua direzione contro interessi giuridicamente tutelati, *materialmente conforme al diritto* se ed in quanto essa corrisponde *agli scopi* dell'ordine giuridico e così *della stessa convivenza umana* „.

Ciò è quanto dire che il reato dev'essere necessariamente un'offesa di interessi sociali (azione antisociale) e più precisamente di quegli interessi sociali di cui lo stesso ordine giuridico è l'espressione. È però da notare, contrariamente a quel che pensa il Liszt, che un'azione giuridicamente illecita (antigiuridica), perchè contraria a un comando o a un divieto del diritto penale sarebbe reato, anche quando essa non fosse realmente antisociale; e per contro un'azione antisociale non costituirebbe reato se essa non fosse al tempo stesso un'azione giuridicamente illecita (antigiuridica), cioè contraria ai precetti del diritto penale. Per ciò non è esatto definire il reato semplicemente come una azione *antisociale* (*gesellschaftwidrig*, *gesellschaftgefährlich*, *antisoziale Handlung*: così von Lilienthal, *Grundriss zur Vorlesung über deutsches Strafrecht*, 2ª ed., Marburg, 1900, § 12, p. 23) o *incivile* (*kulturwidrig*: M. E. Mayer, *Rechtsnormen und Culturnormen*, 1903) o *immorale* (*etisch pflichtwidrig*), giacchè solo al legislatore spetta di valutare l'antisocialità, l'inciviltà, l'immoralità di un'azione, esprimendo, mediante le norme giuridiche, questa sua valutazione (*nullum crimen sine lege*: art. 1° Cod. pen.). Consulta nello stesso senso anche Beling, *Grundzüge des Strafrechts*, 3ª ediz., Tübingen, 1905, § 35, p. 46 e specialmente *Lehre von Verbrechen*, Tübingen, 1906, § 15, p. 136 e sgg., particolarmente p. 137, dove però finisce a torto col difendere una nozione *puramente formale* dello illecito penale: " Von Liszt stesso, egli dice, non disconosce che quando la legge vieta qualche cosa che non è materialmente illecita *(materiell rechtswidrig)* il giudice è legato mediante la legge. Ma se così è ciò vuol dire: la c. detta illiceità materiale non appartiene al diritto positivo: conseguentemente nel diritto penale non si deve operare con essa. Essa non è *illiceità giuridica*, ma importa soltanto un programma per il legislatore, un voto, ad esso diretto, di far corrispondere a certe esigenze la illiceità effettiva, cioè giuridico-positiva e formale „.

penale; onde la natura puramente " *secondaria* ", " *complementare* ", " *sanzionatoria* " delle norme di diritto penale.

Che tale assunto non possa venir accettato noi abbiamo già detto (51) e, a quanto dicemmo, non abbiamo che a richiamarci. Certo, la sanzione penale, nell'ordine delle sanzioni giuridiche, conserva un posto ben distinto ed autonomo di fronte alle sanzioni proprie di altri rami del diritto pubblico e privato (52). Certo la pena, come conseguenza giuridica (applicazione della sanzione penale) consistendo in un " male " o in un " *danno* " giuridicamente inflitto all'autore della violazione di una norma giuridica, e più precisamente in una perdita o diminuzione, giuridicamente lecita, di beni o interessi *personali* (danno o male alla persona) non può, appunto per questo suo carattere di essere un " danno " o " male " (aggiunto al danno del reato per evitare danni ulteriori) (53) e un danno o male " *personale* " (54), non rimaner distinta dalle altre

---

(51) Cfr. retro, n' 16-22.

(52) Su la posizione della sanzione penale nel sistema delle sanzioni giuridiche vedi, meglio di ogni altro: MERKEL, *Juristische Encyclopädie*, 3ª edizione (per R. MERKEL), Berlin, 1904, §§ 291-319.

(53) La differenza fondamentale fra la pena e il risarcimento del danno, come sanzione tipica del diritto privato, consiste appunto in ciò: che mentre l'una ci appare come un nuovo *danno* che viene ad aggiungersi al *danno* prodotto dal reato e va quindi giustificato in base ad uno " *scopo* " diverso dalla *riparazione* (in vero e proprio senso) di questo, l'altro, cioè il risarcimento del danno, non importa nessun nuovo danno in quanto non fa che trasferire, che spostare un danno avvenuto da una persona ad un'altra persona. Meglio di ogni altro il BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Bd. I (2ª ediz.), Leipzig, 1890, § 41, pp. 284-290, ha messo in luce la " *wesentliche Verschiedenheit von Strafe und Schadenersatz* ". Secondo lui, pena e risarcimento del danno si distinguono sotto tre lati od aspetti: 1° relativamente alle persone le quali possono e devono prestarli; 2° relativamente a coloro a cui vantaggio debbono essere prestati; 3° relativamente a ciò che si deve prestare.

(54) Cfr. IMPALLOMENI, *Fondamento scientifico del diritto penale* negli *Studi per le onoranze a Francesco Carrara*, Lucca, 1899, pp. 461, 473 e specialm. 477-478: " La coazione organica che lo Stato esercita con la pena consiste in un *male* inflitto all'autore del reato, e ciò che generalmente la distingue dalla coazione di diritto civile è di essere *personale*, cioè una perdita o diminuzione di diritti *personali*; mentre ancora quando la pena consiste in una diminuzione di patrimonio si risolve in restrizione della libertà personale nel caso di insolvibilità "; *Funzione sociale del diritto punitivo*, Roma, 1905, p. 24: " .... la coazione *personale* è del diritto punitivo il carattere specifico formale ";

forme di coazione o reazione fisica di cui gli altri rami del diritto, in ispecie il diritto civile e amministrativo, si valgono. Il diritto penale si caratterizza, dunque, certo — e sopra tutto — per la *specialità della tutela* che esso offre agli interessi umani e ai beni della esistenza: la minaccia e l'applicazione della pena. Ma non perciò è vero che gli interessi tutelati dal diritto penale non abbian alcun carattere di *specialità* e che ricevano tutti già una protezione nelle altre branche del diritto. Sta di fatto, che non tutti gli interessi o beni umani protetti dal diritto, non tutti gli interessi *giuridici* sono tali in forza di norme giuridiche appartenenti ad altri campi del diritto, privato o pubblico, che non sia penale, ma vi sono, invece, interessi di cui invano si cercherebbe in altre norme giuridiche, che non siano le norme del diritto penale, una, almeno una *esplicita*, protezione giuridica (55). Così è di

p. 33: " Tendendo ad assicurare il rispetto dei vari beni giuridici, pubblici e privati, collettivi e individuali, operando sulle attività umane con la minaccia e l'irrogazione del male della pena, da qualunque lato si guardi, il diritto penale è la forza di organizzazione sociale propria dello Stato mediante la coazione personale "; *Il Codice penale italiano illustrato*, vol. I (parte generale), 2ª ediz., Firenze, 1904, p. 23: " Consiste (la pena) in una vera perdita o diminuzione di diritti *(meglio si direbbe: di beni giuridici)* e suo carattere proprio, distintivo di ogni altra sanzione, è quello di essere una *coazione personale*, per ciò che si esercita essenzialmente con una perdita o diminuzione di diritti *personali* ".

(55) Non molto diversamente l'Impallomeni, *Fondamento scientifico del diritto penale*, p. 471 e nota, osservava: " L'evoluzione... del diritto penale... procede... or come semplice sanzione di diritti già stabiliti, or come affermazione e sanzione ad un tempo di diritti.... Così nelle sfere del diritto pubblico il diritto penale non fa che aggiungere la sua sanzione all'ordinamento politico ed amministrativo esistente: lo stesso è in alcune sfere del diritto privato, come rispetto al diritto di proprietà, in cui esso non fa che stabilire delle pene contro coloro che offendono i dominî economici già stabiliti; ma vi sono dei diritti, come quelli alla vita, alla integrità corporale, all'onore i quali trovano contemporaneamente nelle consuetudini (?) e nelle leggi penali la loro affermazione e la loro sanzione " (p. 471, nota 1); cfr. anche: *Funzione sociale del diritto punitivo*, Roma, 1905, p. 23 (nel brano riferito *retro* in nota al nº 16). A parte l'affermazione, in cui non sapremmo convenire, per cui al diritto penale viene riconosciuta natura costitutiva e funzione creativa *di diritti soggettivi* nei singoli offesi dal reato (in realtà il diritto penale non fonda pretese giuridiche se non nello Stato), l'opinione dell'Impallomeeni non si discosta in fondo da quella sostenuta nel testo. Nello stesso senso v. anche Manzini, *Trattato di*

tutti quei beni o interessi intermedi fra i diritti soggettivi pubblici e i diritti soggettivi privati, i quali, non appartenendo nè allo Stato (persona giuridica) nè all'individuo, singolarmente considerato,

---

diritto penale italiano, Torino, 1908, vol. I, n° 42, p. 46 (e nota 3) e p. 47 (luoghi citati retro nelle note al n° 16 e al n° 44, nota 32).

Anche anteriormente io avevo scritto, *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, 1ª ed., Torino, 1902, 2ª ed., Napoli, 1906, p. 99 nota: " Può darsi in casi speciali che la tutela, cui il diritto penale intende, si estenda ad un interesse che non abbia ancora la qualità di un vero e proprio diritto subiettivo. In tali casi il diritto penale esercita una azione, oltre che tutrice, *completiva* degli altri diritti riconoscendo in essi indirettamente (con la negazione del torto) la qualità di interesse o bene giuridico (non però di diritto subiettivo) „. [Un diritto soggettivo fondano certo anche le norme del diritto penale (il contrario mi fa dire il Grispigni, Recensione al *Trattato* del Manzini, nella " Scuola Positiva „, 1908, n° 3-4, estratto, p. 6, n. 1), ma questo appartiene allo Stato, non all'offeso]; *Sul concetto del diritto subiettivo di punire*, Prato, 1904, p. 20, nota: " Nè le norme giuridiche che garantiscono gli interessi umani appartengono tutte come il Binding ritiene (*Handbuch*, Bd. I, § 30, pp. 164, 183) agli altri rami del diritto essendovi norme di condotta esclusivamente imposte dal diritto penale e interessi che in questo soltanto trovano il loro esplicito riconoscimento legislativo; nè poi quando la sanzione penale è a presidio di altre norme giuridiche contenute in altre leggi, esiste meno un precetto, e precisamente un divieto, direttamente imposto sotto la sanzione penale „. Non dissimilmente si esprime Hold von Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, Bd. I, Jena, 1903, p. 334: " Das Strafgesetz operiert zwar nur mit ganz speciellen Sanctionen: es beschränkt sich jedoch nicht darauf, Normen, die bereits in anderen Gesetzen aufgestellt sind, oder gar " ungeschriebene Rechtssätze „ mit Sanctionen zu versehen. Es statuiert vielmehr auch selbst erst, und zwar sehr häufig, Pflichten und damit oft subjektive Rechte, die bis zu seinem Erscheinen nicht gegeben waren „. E aggiunge che è questa: " eine Thatsache die in der Literatur längst anerkannt ist „. Che l'Hold von Ferneck parli anch'egli qui di " *diritti subiettivi* „ (invece che di beni giuridici) dipende pure dalla concezione, che egli ha, che la legge penale abbia virtù di fondare diritti soggettivi nei singoli, offesi dalle azioni delittuose. Ma meglio di ogni altro dichiara, a questo proposito, il Wach, Recensione al libro del Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung* nel " Gerichtssaal „, Bd. XXV, 1873, p. 440: " Der Staat erklärt manches Gut und Interesse erst dadurch für ein " Rechtsgut „, dass er es unter Strafe stellt „, e, più recentemente, il von Bar, *Gesetz und Schuld im Strafrecht* (Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform), Bd. I, *Das Strafgesetz*, Berlin, Guttentag, 1906, § 4, p. 7: " Ma egli è anche possibile che la legge penale non si riferisca ad alcun determinato diritto come a sostrato della sua tutela. Le leggi penali le quali debbono proteggere puramente i beni morali e la morale generale non tutelano affatto diritti determinati... „.

ma piuttosto alla " società ", non giuridicamente personificata (56), potrebbero esattamente esser chiamati *beni o interessi del pubblico*; come, ad esempio, la sanità pubblica, la pubblica incolumità, l'ordine pubblico, la fede pubblica, la moralità o il buon costume pubblico e via di sèguito (57). Così è pure di tutti quei beni o interessi

---

(56) Cioè a tutti i cittadini considerati *uti universi* (non *uti singuli*).

(57) Così li chiama, infatti, il Liszt, *Das deutsche Reichsstrafrecht*, Berlin und Leipzig, 1881, § 59, *sub* IV, p. 231; §§ 82-86, pp. 332-353: " Ad una serie di reati — dice egli (op. cit., § 59, *sub* IV, p. 231) — è proprio di essere diretti, bensì contro quei beni giuridici che noi abbiamo chiamati interessi giuridicamente tutelati *del singolo*, ma di non essere diretti contro *un singolo o parecchi singoli* portatori di quei beni giuridici; e anzi di estendere i loro effetti sopra una sfera di persone non determinata nè numericamente nè individualmente. Sono questi i *reati di comune pericolo* in ampio senso, non diretti contro singoli cittadini, e neppure contro lo Stato nella sua complessa unità, ma per dirla brevemente, contro *il pubblico* " (Vedi però diversamente lo stesso von Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 10ª ed., Berlin, 1900, § 79, p. 284; 12ª ed., Berlin, 1903, § 79, p. 302; 16ª e 17ª ed., Berlin, 1908, § 79, p. 298, dove i *reati di comune pericolo* in ampio senso (non diretti contro il singolo cittadino e neppure contro lo Stato come persona giuridica) sono collocati nella classe dei reati contro i beni giuridici dell'individuo e nel sottogruppo dei " *durch die Art des Angriffs gekennzeichneten Verbrechen* "). Come il Liszt, così anche il Kessler, *Rechtsgut oder rechtlich geschütztes Interesse oder subjektives Recht* nel " Gerichtssaal ", 1887, p. 117, riconosce tre subietti di interessi giuridicamente tutelati: il singolo, la persona giuridica (e, come tale, lo Stato) e il pubblico (cfr. anche: *Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung*, Berlin-Leipzig, 1884, p. 65). Ma prima ancora del Liszt, lo Jhering, *Der Zweck im Recht*, Bd. I, 2ª ed., p. 495, — seguito dal Meyer, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 2ª ed., Leipzig, 1877, p. 84 (non così nella 3ª ed., Leipzig, 1895, § 4, p. 28, e nell'ultima 6ª ed., 1906, curata da Allfeld, dove difende la bipartizione dei delitti in delitti contro lo Stato e contro l'individuo), e dall'Hälschner, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, Bd. II, Bonn, 1887, p. 483, — accanto ai delitti contro il singolo e contro lo Stato, aveva riconosciuto l'esistenza di una classe di delitti che chiama *contro la società* (cfr. *retro*, in nota al nº 20). Parimenti: Merkel, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889, § 13, p. 37, distingue, a seconda della diversità dell'interesse giuridico offeso, tre classi di delitti: i delitti i quali hanno per oggetto di offesa interessi specificamente statuali: i delitti i quali offendono interessi di cui è esclusivamente o prevalentemente soggetto un singolo determinato individuo; e i delitti i quali offendono *interessi generali* non di natura specificamente *statuale*. Ammettono delitti *contro la società* in antitesi a quelli *contro lo Stato* e contro il *singolo individuo* anche Birkmeyer, *Grundriss zur Vorlesung über das deutsche Strafrecht*, Sechste Auflage, München, 1905, p. 62; Finger, *Das Strafrecht sistematisch*

individuali della persona che vanno sotto il nome di *diritti di personalità* o *diritti su la propria persona*, i quali trovano una esplicita tutela giuridica soltanto nell'ambito del diritto penale; come, ad esempio, la vita, l'integrità personale, l'onore, la libertà privata individuale e via dicendo. Dunque non tutti gli interessi tutelati dal diritto penale e offesi dai singoli reati appartengono sempre, come dice il LISZT, alle altre branche del diritto; ma vi sono interessi la cui tutela è particolarmente affidata al diritto penale. Certo (e come negarlo?) — accanto a questi — altri interessi vi sono, i quali ricevono la loro protezione giuridica ad un tempo in altre norme giuridiche e nelle norme del diritto penale (58). Così i diritti privati patrimoniali, — specialmente i diritti reali (pro-

---

dargestellt, Bd. II, 1895, p. 2, e specialmente: JANKA, *Das österreichische Strafrecht*, Vierte Auflage, von KALLINA, Wien, 1902, § 99, p. 190; FRANK, *Das St. G. B. für das deutsche Reich*, 7ª Auflage, 1908, Einleitende Bestimmungen, IV; WACHENFELD, *Das Reichsstrafrecht* in HOLTZENDORFF-KOHLERS, *Encyclopädie*, Berlin, 1904; HEGLER, *Principien des internationalen Strafrechts*, Tübingen, 1906, p. 36 e *passim*. La medesima concezione segue, tra noi, l'IMPALLOMENI, *Fondamento scientifico del diritto penale*, Lucca, 1899, p. 472: " L'individuo — egli dice — acquista il diritto di aver rispettato, oltre alla vita, alla integrità corporale, alla proprietà, il suo stato di famiglia, il suo onore, la sua libertà nelle diverse sfere della sua attività, pubblica o privata, economica, politica, scientifica, religiosa, ecc.; ed ecco l'intervento del diritto punitivo a tutela di questi diversi beni *e a tutela altresì di altri beni intermedi fra i diritti dello Stato e quelli degli individui che potrebbero esser chiamati diritti (?) del pubblico*, quali, ad esempio, la sicurezza dei mezzi di comunicazione, la fede pubblica, il buon costume " (Cfr. pure nello stesso senso, e anzi, con le stesse parole: *Funzione sociale del diritto punitivo*, Roma, 1905, pp. 32-33; e anteriormente: *Il Codice penale italiano illustrato*, Firenze, 1890, 1ª ed., vol. II, parte speciale, nº 179, p. 7). Contro questa tricotomia (reati contro l'individuo, lo Stato, la società) e a favore di una dicotomia (reati contro l'individuo e lo Stato) si veda, invece: KLEINFELLER nella "Kritische Vierteljahreschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft", Bd. XXXVIII, p. 104; e sopratutto di recente: PHILIPSBORN, *Die Klassification der einzelnen strafbaren Handlungen*, nelle " Berliner Seminarabhandlungen ", V, Heft 2, Berlin, 1906.

(58) Così pure vi sono interessi i quali non da altre norme giuridiche sono tutelati che da quelle del diritto privato o del diritto pubblico (non penale); come ad esempio i diritti e le obbligazioni nascenti da contratto la cui violazione (inadempimento di obbligazione contrattuale) produce di solito conseguenze giuridiche puramente private e non anche penali (vedi una eccezione in cod. pen., art. 205, 206).

prietà, possesso, ecc.), ma anche i diritti di credito — i diritti di famiglia, ecc., godono al tempo stesso di una doppia tutela giuridica, l'una fornita dalle norme del diritto privato (civile e commerciale), l'altra dalle norme del diritto penale. Così pure i diritti di supremazia, i diritti di libertà, i diritti politici e in genere i diritti subiettivi pubblici, dello Stato o dell'individuo, trovano la loro protezione giuridica insieme nelle norme del diritto pubblico (costituzionale o amministrativo) e in quelle del diritto penale. Ma anche quando il diritto penale offre il presidio dei suoi precetti e delle sue sanzioni a interessi tutelati già da altre norme giuridiche, a diritti soggettivi privati o pubblici, per esempio, in realtà esso non protegge mai una persona determinata in un suo particolare interesse o diritto soggettivo, ma protegge, in questo interesse o diritto, tutti i cittadini generalmente e impersonalmente considerati. La pena, infatti, non solo come minaccia, ma anche come applicazione della minaccia (esecuzione penale), non ha mai lo scopo di *reintegrare* il particolare bene o interesse o il particolare diritto della persona offesa dal reato: ma solo di impedire per l'avvenire le offese o le offese ulteriori di questo interesse o di questo diritto in tutti i cittadini indistintamente considerati, non escluso da essi anche colui che fu vittima del reato (59).

Il diritto penale adunque, sia che trasformi in beni o interessi *giuridici* beni o interessi sforniti di ogni altra protezione giuridica, sia pur che assicuri, mediante le sue norme, beni o interessi che già siano " *giuridici* ", sempre è a servizio di un interesse di natura *speciale*: di un interesse *pubblico* o *sociale* o *collettivo*: l'interesse *generale*, cioè, alla difesa delle condizioni fondamentali ed indispensabili della vita in comune. Certo la tutela di questo interesse *generale* implica la protezione di una quantità di interessi *particolari*, propri così dell'individuo che della stessa collettività (60), dalla cui soddisfazione dipende in definitiva la soddisfazione di

---

(59) Eccezion fatta, s'intende, per il reato di omicidio (c. p., art. 364) che porta alla distruzione del soggetto passivo del reato e impedisce così per l'avvenire ogni tutela della sua persona.

(60) " Ogni tutela dell'interesse generale — dice benissimo lo Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2ª ed., Tübingen, 1905, p. 44 — protegge necessariamente una innumerevole somma di interessi particolari senza creare diritti soggettivi ".

quel generale interesse. Ma appunto perchè il diritto penale è organo di un interesse generale della società, non solo quando direttamente protegge beni o interessi dello Stato o della collettività (reati contro i beni giuridici dello Stato o della società) ma anche quando direttamente tutela beni o interessi dei privati individui (reati contro i beni giuridici dei singoli), così questi particolari interessi, dell'individuo o della società, che formano gli immediati oggetti di offesa dei singoli reati, se pur costituiscono diritti soggettivi privati o pubblici, non lo sono mai in forza delle norme del diritto penale, ma sempre, se mai, in virtù di altre norme del diritto pubblico o del diritto privato. Ma se, non soltanto la specialità della tutela, bensì anche la specie degli interessi tutelati contribuisce a caratterizzare il diritto penale, neanche si può dir vero ciò che afferma il Liszt, cioè che le norme del diritto penale assumano, di fronte alle altre norme giuridiche, un carattere puramente *secondario* o *sanzionatorio* o *complementare*. Senza dubbio il diritto penale è un diritto " *sanzionatorio* „ o " *secondario* „ nel senso che esso opera appunto mediante particolari *sanzioni* (sanzioni penali) e mediante particolari *conseguenze giuridiche* (*pene, reazioni penali*) le quali rientrano nel sistema generale delle sanzioni e delle conseguenze giuridiche proprie di ogni ramo del diritto (così dette prescrizioni o norme *secondarie* del diritto le quali determinano le conseguenze giuridiche nascenti dalla violazione di altre prescrizioni o norme così dette *primarie*) (61). Senza dubbio esso è, *da questo punto di vista*, anche un diritto " *complementare* „: le *sanzioni penali*, infatti, essendo posto alla osservanza di comandi o divieti o in niun altro modo sanzionati o sanzionati in modo che si ritiene insufficiente allo scopo che essi si propongono di raggiungere, e le *conseguenze giuridiche penali* riferendosi ad azioni illecite le quali o non determinano al-

---

(61) Su la distinzione delle norme giuridiche in *primarie* (o *originarie* o *principali*) e *secondarie* (o *derivate* o *accessorie* o *sanzionatorie*) si veda: Merkel, *Juristische Encyclopädie*, Berlin, 1904, § 54, p. 31; *Elemente der Allgemeinen Rechtslehre* nell'Holtzendorff's, *Encyclopädie d. Rechtswissenschaft*, 5ª ed., 1890, § 5; Bierling, *Juristische Principienlehre*, Bd. I, Freiburg u. Leipzig, 1894, *passim.*; v. anche un breve accenno in Vanni, *Filosofia del diritto*, Bologna, 1904, p. 77, e in Chiovenda, *Principî di diritto processuale civile*, Napoli, 1906, p. 33.

cun'altra conseguenza giuridica o portano con sè conseguenze giuridiche che non costituiscono reazioni *adeguate* alle azioni medesime, *completano* indubbiamente il sistema delle sanzioni giuridiche e delle conseguenze giuridiche proprie degli altri rami del diritto (62). Ma non perciò è vero che la funzione del diritto penale si riduca ad assicurare, mediante sanzioni, norme di condotta imposte già dalle altre branche del diritto pubblico o privato (*norme primarie*). Vero è invece che le norme di condotta imposte dal diritto penale sono anch'esse norme giuridiche *originarie* o *primarie* o *principali*, nè più ne meno dei comandi o divieti propri degli altri rami del diritto pubblico e privato (63). Ciò è dimostrato già sicuramente dal fatto che vi sono numerose azioni le quali in nessun'altra legge appaiono giuridicamente vietate, che non sia la legge penale (64).

---

(62) Così pure: Merkel, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889, § 1, pag. 3, *sub b*): " Esso (il diritto penale) completa mediante le sue sanzioni penali il sistema delle " prescrizioni secondarie „ del diritto o " sanzioni „, vale a dire delle disposizioni relative alle offese di altre prescrizioni giuridiche, e che determinano l'ingresso delle conseguenze giuridiche di queste offese. Le sanzioni penali hanno qui una importanza *complementare* in quanto che mentre esse da una parte hanno relazione con parecchie offese del diritto alle quali nessuna conseguenza giuridica si trova altrimenti ricollegata (a queste appartengono p. es., attualmente le ingiurie come tali), d'altra parte si riferiscono ad offese del diritto le quali portano certo con sè anche altre conseguenze giuridiche (si pensi, p. es., al furto, alla rapina, alla frode) ma conseguenze però che messe in relazione all'importanza e alla portata di queste offese non possono altrimenti raggiungere lo scopo proprio di ogni conseguenza giuridica indicato al n° 2 „ (Vedi anche: *Juristische Encyclopädie*, §§ 294 e seguenti).

(63) Dice bene il von Bar, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, Bd. I, *Das Strafgesetz*, Berlin, 1906, § 2, p. 3: " ...die Bedeutung des Strafgesetz erschöpft sich nicht darin, das es dem Staate unter einer bestimmten Voraussetzung ein Strafrecht in subjektiven Sinne beliegt-wie Binding meint. Die Hauptsachė bleibt doch das in dem Strafgesetze enthaltene Verbot oder Gebot, mit welchem das Gesetz sich an das Volk im allgemeinen wendet und bestimmte Handlungen als verwerflich oder bei Geboten als notwendig carakterisiert... Ein Strafgesetz ohne ein darinsteckendes Verbot oder Gebot ist ein nichts, ist nicht denkbar „.

(64) Cfr. Hold von Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, Bd. I, § 26, p. 333: " Che la legge penale non sia puramente sanzionatoria, risulta già da ciò che essa vieta per la prima numerose azioni le quali in nessun'altra legge appaiono vietate „ (v. pure § 26, p. 334); Merkel, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, § 1, p. 2: " Non di rado... le azioni minacciate di pena sono giuridicamente vietate direttamente mediante questa punizione medesima epperò mediante la legge-

Così le offese alla sanità, all'incolumità alla fede, alla moralità pubblica, le offese all'ordine pubblico, alla buona fede commerciale e via dicendo, sono di certo esclusivamente vietate dalle norme proprie del diritto penale. Così pure le offese alla vita, all'onore, alla sanità, alla libertà personale appaiono come tali giuridicamente vietate soltanto nell'orbita delle nostre leggi penali: non potendosi considerare come un divieto ad esso proprio e particolare il generico precetto "*neminem ledere*„ presupposto dall'obbligo di risarcimento del danno (art. 1151 e seg., cod. civ.). Certo non può negarsi che qualche volta, spesse volte, anzi, le azioni vietate sotto minaccia di pena figurino già, implicitamente almeno, come vietate da determinazioni proprie di altre parti del diritto (65). Così, per esempio, il furto, la rapina, la frode, l'indebita appropriazione, il danneggiamento, l'usurpazione (Cod. pen., art. 402, 406, 413, 417, 424 e s., e 422 e s.), ecc., in quanto costituiscono offese di diritti privati patrimoniali, sono già vietate dalle norme del diritto privato. Ma non è esatto l'affermare che il diritto penale in questa parte nulla aggiunga di suo (66). Anche quando la

---

penale „: IMPALLOMENI, *Fondamento scientifico del diritto penale*, p. 476: "...le leggi penali non sono soltanto la sanzione di una norma giuridica, ma hanno eziandio il còmpito di dettare delle norme di condotta non inculcate da altre leggi „ (cfr. pure le citazioni sopra a nota 55).

(65) Nello stesso senso: MERKEL, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889, § 1, p. 2: "Quando si minacciano con pena determinate azioni, si dichiarano le stesse in modo concludente per vietate... Molte volte le relative azioni sono già indicate come proibite mediante norme di altri rami del diritto... Così, p. es., furto, frode, danneggiamento sono già vietate mediante il diritto privato. Non rare volte le leggi penali rinviano esplicitamente o implicitamente ad altre determinazioni giuridiche giacenti fuori della loro portata. L'applicazione della legge penale è qui dipendente dal fatto che le relative prescrizioni del diritto perdurino; l'abrogazione delle medesime sarebbe come togliere alla prima il suo oggetto. Per contro la cessazione della legge penale non sarebbe toccare il valore dei divieti contenuti in quelle altre disposizioni giuridiche „; VON BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, Bd. I, *Das Strafgesetz*, Berlin, 1906, § 4, p. 7: "Le leggi di diritto penale sono in gran parte soltanto norme giuridiche accessorie, nel senso che esse sono soltanto preordinate a tutelare altri diritti la cui esistenza può essere pensata anche senza la legge penale „ (vedi anche la nota 13 della stessa p. 7).

(66) Così invece testualmente il MERKEL, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, nel brano sopra riferito (§ 1, p. 2): "...il diritto penale in questa parte non porta nulla di nuovo „

sanzione penale sembra essere a presidio di altre norme giuridiche del diritto privato o del diritto pubblico, non per questo esiste meno un precetto, un comando o un divieto (*precetto penale*) direttamente imposto sotto minaccia penale ed esclusivamente raccomandato alla sanzione penale (67). Così le norme del diritto privato mediante la creazione di diritti soggettivi privati patrimoniali (reali. di obbligazione, ecc.) indubbiamente proteggono la proprietà, il possesso, il credito, l'opera dell'ingegno, ecc., contro ogni possibile offesa dei tali beni e interessi da parte dei privati individui; ma il *particolare* esplicito divieto dell'appropriazione e del danneggiamento, del furto e della rapina, della usurpazione, della frode, della contraffazione, ecc., si cercherebbe invano in altre norme che non sian quelle di diritto penale (68).

Il diritto penale ha dunque, in ogni caso, un sistema autonomo di norme *primarie* o *originarie*, un sistema *proprio* ed *indipendente* di comandi e di divieti giuridicamente sanzionati, in forza dei quali esso fonda obblighi giuridici, e per conseguenza anche pretese giuridiche (dello Stato, non degli individui), inesistenti fino al momento della sua apparizione, e per mezzo dei quali esso tutela interessi, o non giuridicamente tutelati, o tutelati in diverso modo,

(67) Cfr. anche: FILOMUSI-GUELFI, *Enciclopedia giuridica*, Napoli, 1904, § 136. pp. 570-571, n. 3, per il quale però, ciò che viene *completato* dalla sanzione penale è solo il lato *proibente* della norma. Concetto in cui non si può convenire e che distrugge, in fondo, il principio della autonomia del precetto penale che si vuol sostenere.

(68) " ... Quando la legge. dice egregiamente il VON BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, Bd. I, *Das Strafgesetz*, Berlin, 1906, § 4, pp. 7-8, appare preordinata alla tutela di determinati diritti, essa non vuole o quanto meno non vuol sempre tutelare questi diritti in ogni e qualsiasi relazione. I punti di vista i quali già io anteriormente (*Geschichte des deutschen Strafrechts und Strafrechtstheorien*, Bd. I dello *Handbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1882, p. 108 e segg.) ho indicato come decisivi per la scelta delle azioni da reprimersi mediante pena, conducono a ciò che una legge determinata e indirizzata alla tutela di un dato diritto, deve lasciar fuori considerazione un gran numero di offese di quello stesso diritto. Così può specialmente la legge penale dirigersi soltanto contro offese dolose, mentre l'offesa soltanto colposa o non viene considerata o vien lasciata alla reazione giuridica civile del risarcimento del danno. I divieti giuridici penali, vale a dire ricollegati ad una sanzione penale, e i divieti giuridici civili non coincidono sempre gli uni con gli altri ".

in diversa misura e per diversi scopi dagli altri rami del diritto, pubblico e privato (69).

48. Le medesime critiche, che si rivolgono al Liszt, possono muoversi allo Janka. Anche a lui, come al Liszt, può rimproverarsi: 1° di dissociare a torto il concetto del *diritto obiettivo* e della *norma giuridica* dal concetto dell'*obbligo giuridico*, del *diritto subiettivo*, e del *rapporto giuridico*; 2° di fornire un concetto troppo generico e indeterminato del "*bene giuridico*" — di cui si ignora che cosa abbia di comune e che cosa di diverso col diritto soggettivo — e di non fornire alcun concetto del diritto soggettivo medesimo; 3° di voler escludere dal campo dei concetti fondamentali del diritto i concetti di *obbligo giuridico* e di *diritto soggettivo* soppiantando quest'ultimo col concetto del "bene giuridico" che può bensì stargli accanto, ma non già tenerne le veci. Inesatta è poi la definizione del reato che, su le traccie dello stesso Liszt, ci porge Janka, giacchè essa introduce fra gli elementi costitutivi del reato un elemento, quello della "*punibilità*" dell'azione, il quale, lungi dall'essere un attributo del reato in sè, come fatto illecito produttivo di una conseguenza giuridica, è invece nient'altro che la stessa conseguenza giuridica (pena) assunta come condizione di esistenza del fatto giuridico che la genera: ciò che, evidentemente, significa definire la causa di un fenomeno mediante il fenomeno stesso che ne costituisce l'effetto.

Nè alle censure che si muovono al Liszt si sottrae la concezione del Finger, se non per cadere in quelle che si muovono al Binding. Certo il Finger, a differenza del Liszt, non scompagna il concetto della *norma giuridica* da quello dell'*obbligo giuridico* e neppure da quello del *diritto subiettivo*, giacchè egli ritiene che dalla *norma*, presupposta dalla sanzione penale, nasca da un lato un *obbligo giuridico del cittadino* ad una determinata condotta, e dall'altro, la *pretesa giuridica dello Stato* di ottenere la condotta

---

(69) Così pure von Bar, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, Bd. I, *Das Strafgesetz*, Berlin, 1906, § 2, p. 4: "Comandi e divieti sono così essenziali alla legge penale e mediante la legge penale possono essere creati comandi o divieti del tutto nuovi; ciò può avvenire anche quando il legislatore parte dal punto di vista di voler fissare e dichiarare soltanto il diritto vigente".

nella norma stessa indicata. Ma non perciò egli riesce ad offrirci un concetto preciso del *bene giuridico* in sè e nei suoi rapporti col *diritto soggettivo*, che egli neppur definisce e differenzia dal semplice *interesse tutelato giuridicamente*, ma non nella forma di un diritto soggettivo. E d'altronde, il concepire, sulle traccie del Binding, la norma giuridica come qualche cosa di essenzialmente diverso e distinto dalla legge penale, ridotta ad essere una pura sanzione della norma medesima (norma primaria), e non già come l'elemento (*preceptum legis*) che insieme alla *sanzione penale* (*sanctio legis*) fornisce appunto il concetto completo ed esatto della legge penale, spinge il Finger contro gli scogli di quelle critiche che si ebbe già occasione di rivolgere al Binding (cfr. retro nn. 18-21).

TITOLO III.

Teorie miste.

CAPITOLO I.

Teoria che distingue i reati a seconda che violino, oppur no, il diritto (obiettivo e subiettivo o soltanto subiettivo) (Teoria del Waechter e del Luden).

§ 1. — *Esposizione della teoria.*

49. Teoria del Waechter. Tripartizione dei reati in reati di diritto, di moralità e di polizia, a seconda che violino il diritto, obiettivo e subiettivo, ovvero offendano la morale o la polizia. — 50. Teoria del Luden: bipartizione dei reati in reato di diritto e reato di legge a seconda che violino il diritto obiettivo e subiettivo o soltanto subiettivo.

49. Fra le teoriche le quali concepiscono il reato come la violazione, non solo del diritto obiettivo, ma anche di un diritto soggettivo (del privato offeso o dello Stato, rispettivamente variabile o costante nella sua qualità), e le teoriche che concepiscono il reato come violazione del diritto obbiettivo sola o accompagnata alla violazione di un obbligo giuridico o di un bene giuridico, stanno alcune teorie che possono dirsi *miste* o *intermedie* fra le une e le altre.

Fra di esse merita anzi tutto menzione quella del Waechter, la

quale distingue i reati a seconda che essi violino, oppure non violino, il diritto, oggettivo e soggettivo (1).

" Obietto del reato in genere, è — dice il Waechter — il diritto o il bene giuridico tutelato dal diritto e offeso dal reato; epperò in ogni caso e generalmente l'ordine giuridico: e in molti casi anche il diritto subiettivo dell'individuo offeso. Appunto dalla considerazione dell'oggetto, procede la divisione dei reati. Poichè l'essenza del reato sta nel torto che si commette mediante il reato medesimo e si contraccambia mediante la pena, debbono le forme dei reati necessariamente determinarsi secondo la natura e la direzione di questo torto. Così si distinguono i reati in due categorie, cioè: azioni che costituiscono una offesa all'ordine giuridico, e quindi un torto punibile, perchè, mediante esse, viene offeso il diritto subiettivo di una persona; e azioni mediante le quali non vien offeso alcun diritto di alcuna persona, ma che sono vietate e punibili per altri motivi.

Le azioni che violano un diritto subiettivo possono, appunto per la loro natura, dirsi *delitti di diritto* (*Rechtsverbrechen*): esse possono essere dirette, sia contro un diritto dello Stato, come tale, sia contro i diritti di altre persone; nel primo caso, sono *reati di Stato*: nel secondo, *reati comuni* (in antitesi ai *politici*) o *reati privati*. Ai reati privati appartengono anche i così detti *delitti di comune pericolo* (*gemeingefährlichen Verbrechen*), cioè quelli mediante i quali viene offeso nella vita, nella sanità, o nella proprietà un numero non determinato e non determinabile di persone. I reati di Stato, poi, a differenza degli altri reati (che offendono anch'essi sempre e altresì lo Stato, ma soltanto *mediatamente*), attaccano *direttamente*

---

(1) Cfr. Wächter (C. G.), *Handbuch des k. sächs. und des thür. Strafrechts*, Stuttgart, 1857, pp. 297-298; *Deutsches Strafrecht*, Vorlesungen, herausgg. von O. v. Wächter, Leipzig, 1881, § 49, p. 119. E anche in altre opere: *Lehrbuch des römisch deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1825-1826, Bd. II, p. 1 segg., 536 e segg. (dove distingue i reati in reati di diritto, violatori cioè di un diritto subiettivo, e reati di polizia che offendono cioè una norma di polizia); *Beilagen zu Vorlesungen über das deutsche Strafrecht*, Stuttgart, 1877 (1ª Lieferung.). L'opinione del Berner, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, altrove ricordata (cfr. *retro*, testo nº 6 e nota relativa), benchè sembri doversi avvicinare piuttosto a quella del Feuerbach, che non a quella del Wächter, ha però indubbiamente anche con quest'ultimo notevolissimi contatti di idee.

e *immediatamente* i diritti dello Stato: se questi diritti appartengono allo Stato come *persona politica*, sono cioè diritti politici o pubblici, i reati che li attaccano sono *reati di Stato*, in proprio senso, o *reati politici*: se, invece, essi appartengono allo Stato come *persona privata*, sono, cioè, diritti privati, i reati che li attaccano sono *reati privati* o *reati comuni*. Le azioni poi che non violano alcun diritto subiettivo, dello Stato o di un privato, possono essere *delitti di moralità* (*Sittlichkeitsverbrechen*) o delitti di polizia (*Polizeiverbrechen*): i primi sono azioni che violano o pongono in pericolo la vita morale della società civile; i secondi sono azioni non lesive di diritti, e neanche immorali, ma tali che possono condurre ad offese o quanto meno a disturbi dell'ordine, della tranquillità, o della pace pubblica o ad altri pregiudizi in genere per l'interesse generale: azioni, perciò, mediante le quali, viene particolarmente messa in pericolo la sicurezza o il benessere o disturbato l'ordine necessario in certe sfere di attività.

50. La teoria del Waechter si ripresenta, in certo modo, modificata e corretta, in Luden, il quale, alla tripartizione dei reati in *reati* di *diritto*, di *moralità* e di *polizia*, sostituisce la bipartizione di essi in *reati di diritto* (*Rechtsverbrechen*) e *reati di legge* (*Gesetzverbrechen*): gli uni e gli altri offenderebbero ugualmente, secondo il Luden, il diritto obiettivo; ma di essi, soltanto i primi, e non anche i secondi, sarebbero diretti " all'offesa di diritti subiettivi " (2).

§ 2. — *Valutazione critica della teoria.*

51. Critica della opinione del Waechter. Ogni reato viola una norma di diritto obiettivo (precetto penale) e ogni reato è reato di diritto: differenza unica possibile fra i c. d. reati di diritto e i c. d. reati di moralità e di polizia. Non tutti i c. d. reati di diritto offendono davvero un diritto soggettivo e i diritti eventualmente offesi da taluni di essi non sono creati dalle norme del diritto penale. — 52. Critica della opinione del Luden.

51. La teoria del Waechter, più che un tentativo di conciliazione fra le teorie subiettive e quelle obiettive, è in realtà una

(2) Cfr. Luden, *Abhandlungen aus den gemeinen deutschen Strafrechte*, Bd. II, Groninga, 1840, p. 164 e segg.

modificazione delle teorie subiettive e più precisamente della teoria che concepisce il reato come violazione di un diritto soggettivo dell'offeso, diverso a seconda della diversità del reato (teoria del Feuerbach). Essa, mentre da un lato non evita se non una parte delle critiche, che a quest'ultima si muovono (e l'altra lascia sussistere in tutto il suo valore) cade d'altra parte in errori ad essa propri e non meno, anzi, più gravi di quelli a cui voleva sfuggire. La tripartizione dei reati su cui il Waechter si fonda (una specie d'applicazione della massima *divide et impera*): la distinzione cioè fra reati *di diritto, di moralità, di polizia,* può già per sè stessa, indipendentemente dall'esame dei singoli gruppi che formano questa tricotomia, esser tacciata di inesattezza. Nessuna azione costituisce reato, che non violi una norma giuridica, un precetto positivo e negativo, un comando o un divieto alla cui osservanza sia una sanzione penale; ed anche le azioni che si dicon punibili per motivi di moralità o di polizia non sono meno infrazioni di un comando o di un divieto del diritto positivo, e più precisamente del diritto positivo penale (*nullum crimen sine previa lege penali:* art. 1 cod. penale). In tal senso tutte le azioni punibili, in quanto tali, sono “ *reati di diritto* „, e non esistono reati che non abbiano sempre il carattere di reati “ *giuridici* „. La differenza fra quelli che il Waechter chiama *reati di diritto* e quelli cui dà il nome di reati *di moralità* o *di polizia* può star solo in ciò; che i primi violano o minacciano interessi alla cui tutela non presiede solo il diritto penale, ma pur altri rami del diritto e, per esser più precisi, interessi che costituiscono, in virtù di altre norme giuridiche, veri e propri diritti subiettivi perchè alla *volontà del soggetto* interessato vien riconosciuto un vero *potere giuridico* di esplicarsi per l'attuazione degli interessi medesimi e per esigerne da altri il soddisfacimento; i secondi, invece, violano o minacciano interessi, morali e sociali o anche puramente sociali, che non rivestono già di per sè la qualità di diritti subiettivi, perchè non trovano in nessun altro ramo del diritto una tutela giuridica e tanto meno quella speciale tutela giuridica che converte un interesse in diritto, ma che il diritto penale solamente protegge coi suoi comandi o divieti ed assicura, contro le possibili violazioni o minaccie, col presidio esclusivo di una sanzione penale: interessi, perciò, che in tanto sono “ *giuridici* „ in quanto la loro violazione è reato e produce conseguenze di diritto penale, ma che, all'infuori di questa tutela, sono e rimangono inte-

ressi puramente morali e sociali. D'altronde la distinzione delle azioni punibili violatrici di un diritto subiettivo (*reati di diritto*) da quelle che non lo sono (*reati di moralità e di polizia*) in tanto può avere un valore, o almeno un valore *positivo* (e non semplicemente *negativo*), in quanto si riesca a determinare quale è l'oggetto di offesa di quei reati di moralità e di polizia che appunto non ledono o pongono in pericolo un diritto soggettivo di una persona determinata (Stato o privato); e a questa determinazione non può dirsi che si sia riesciti quando si afferma che i reati di moralità sono azioni che violano o pongono in pericolo la vita morale della società e i reati di polizia sono azioni che offendono o disturbano gli interessi generali. Che cosa è mai la vita morale della società? E anch'essa un bene o un interesse? E un complesso di beni e di interessi? E si tratta di interessi soltanto morali o anche sociali? Di interessi giuridicamente tutelati (*beni giuridici*) o di interessi sforniti di ogni protezione giuridica? E da quali norme è apprestata, nel primo caso, questa tutela giuridica? E in che cosa consiste? E che cosa sono gli interessi generali offesi o minacciati dai reati di polizia? Sono interessi puramente sociali o anche interessi giuridici? E dato che siano anche giuridici, in virtù di quali norme essi diventano tali? Delle norme del diritto penale o delle norme del diritto amministrativo di polizia? E come si distinguono questi interessi giuridicamente protetti dagli interessi costituenti diritti soggettivi pubblici dello Stato, offesi da taluni dei così detti *reati di diritto*? In verità, dire semplicemente che i reati di moralità e di polizia “ non violano alcun diritto subiettivo dello Stato o di un privato „ e che essi “ sono vietati e punibili per altri motivi „ che non si riesce a determinare se non in modo del tutto generico, non significa rispondere a queste domande, nè fornire un concetto di quel che sia l'oggetto dell'offesa delittuosa nelle indicate categorie di reati (3).

---

(3) Il BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Bd. I, 2ª ed., Leipzig, 1890, § 50, p. 342 e nota 2, accusa il WÄCHTER di confondere, sulle traccie del FEUERBACH, il diritto subiettivo col bene giuridico, mentre questo è da quello ben distinto e forma il solo possibile oggetto dell'offesa delittuosa non solo nei reati di moralità e di polizia, ma anche in quelli che il WÄCHTER chiama reati di diritto (su di che cfr. *retro*, n. 26-28, la critica di BINDING).

Rispetto ai quali, altri dubbi possono ancora sorgere, cui la teoria del Waechter non dà soluzione. Quale è, infatti, il limite che separa le azioni contrarie alla pura morale dai così detti *delitti di moralità?* Quale il limite fra le azioni che, senza essere reati, pur si ritengono contrarie alla sicurezza e al benessere pubblico, e i così detti *reati di polizia?* Evidentemente la dottrina del Waechter non riesce a rintracciar questi limiti nè offre all'interprete del diritto positivo alcun criterio valevole a fargli comprendere la natura dei reati in questione.

Nè basta. La stessa categoria dei *reati di diritto*, che il Wachter più precisamente determina, non sembra sempre comprendere azioni che offendano tutte davvero un diritto soggettivo di una persona determinata, fisica o giuridica. Così non di tutti i reati, che il Waechter chiama *privati*, può dirsi certamente che ledano un vero e proprio diritto subiettivo. I reati contro la persona, ad esempio, non possono concepirsi come azioni violatrici di un diritto, se non a patto di ritenere senz'altro l'esistenza di quella discussissima categoria di diritti privati cui si dà il nome di *diritti su la propria persona* o di *diritti di personalità*; e, ammessa che questa sia, resta pur sempre a domandarsi se proprio col riconoscere la efficacia della " *volontà* „ di disporre della propria persona e di non venire offesi nella propria persona, protegga il diritto penale la persona stessa dell'uomo (cfr. retro n. 13). Tanto meno può poi affermarsi che offendano un diritto soggettivo i così detti *delitti di comune pericolo*, quando nemmeno è determinato e determinabile, a detta dello stesso Waechter, il *soggetto* dell'interesse contro il quale queste azioni si dirigono: come potrebbero infatti costituir *diritti subiettivi* interessi e facoltà il cui soggetto attivo non è in alcun modo specificato ed individualizzato? (Cfr. retro n. 12). E quanto ai *reati* così detti *di Stato*, se può facilmente affermarsi che attacchino un diritto subiettivo quando gli interessi dello Stato, lesi da queste azioni delittuose, sono interessi giuridici privati patrimoniali (*reati privati* o *comuni*), perchè niuno disconosce a questi interessi il carattere di diritti subiettivi, nè allo Stato la capacità di esserne soggetto (personalità giuridica privata patrimoniale dello Stato), — altrettanto non può dirsi allorchè gli interessi dello Stato, offesi dai reati di Stato (*reati politici*) sono interessi di natura pubblica e più specialmente politica, se non a patto di affermare la esistenza di quella sottospecie di diritti pubblici soggettivi (recen-

temente tanto discussi in Germania, in Francia e in Italia) che prendono il nome di *diritti pubblici soggettivi dello Stato* (accanto e in contrapposto ai *diritti pubblici soggettivi individuali*) [diritti di supremazia, generali e speciali, morali o patrimoniali, dello Stato] (4).

Infine, anche nei casi in cui gli interessi offesi dai reati costituiscono indubbiamente diritti soggettivi veri e propri (es., diritti reali e di credito, diritti di famiglia, diritti di autore e di inventore, diritti politici del cittadino, ecc.), — come avviene appunto nei *reati* così detti *patrimoniali* (furto, frode, danneggiamento, ecc.), — resta sempre a sapersi se non sia in virtù di altre norme, anzichè di quelle del diritto penale, che quegli interessi assumono il carattere di diritti, e se perciò il diritto penale, in questo campo, ad altro non si limiti se non a tutelare, sia pur in modo autonomo e indipendente, interessi già elevati da altre norme giuridiche a dignità di veri e propri diritti: nel qual caso, come ognun vede, la *qualità di diritti* che quegli interessi eventualmente rivestono, sarebbe nulla più che il prodotto di una coincidenza, puramente fortuita, su di uno stesso interesse, della tutela penale con altra forma di tutela giuridica: tutela, quest'ultima, che nessun'altra importanza assumerebbe, nel campo proprio del diritto penale, se non quella che da quest'ultimo le fosse espressamente ai suoi fini riconosciuta e che non giustificherebbe quindi la fondamentale differenza, che fa il WAECHTER, fra le azioni punibili che contengono (reati di diritto) e quelle che non contengono (reati di moralità e di polizia), la violazione di un diritto soggettivo di una persona determinata.

52. Quanto al tentativo del LUDEN di conciliare le teorie subiettive con le obiettive sul terreno della distinzione fra *reati di diritto* e *reati di legge*: gli uni che violano insieme il diritto obiettivo e il subiettivo, gli altri che offendono soltanto il diritto obiettivo, non giova indugiare nella sua critica. Basta soltanto osservare che in essa si sommano così gli errori di coloro che vedono nel reato la

---

(4) Sembra negare l'esistenza di diritti pubblici soggettivi *dello Stato*, pur ammettendo l'esistenza di diritti pubblici soggettivi *individuali*, p. es., il CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 2ª ediz., p. 27 e segg.; *L'azione nel sistema dei diritti*, Bologna, 1903, *passim*.

offesa di un diritto soggettivo di diversa specie proprio del soggetto passivo del reato stesso, come gli errori di quelli i quali concepiscono il reato come una violazione del puro diritto obiettivo. D'altronde la contrapposizione fra reati di diritto e reati di legge è, come nella sostanza, così nella forma, inesatta perchè fa supporre che si possa violare un diritto *subiettivo*, senza violare la legge, cioè il diritto obiettivo, perchè afferma che si può violare la legge (diritto obiettivo) senza violare un diritto in senso subiettivo e infine perchè lascia il dubbio che " legge „ e " diritto „ (obiettivo e subiettivo) siano concetti fra loro diversi e quasi antitetici.

CAPITOLO II.

Teoria che concepisce il reato come offesa di interessi, secondo i casi, obiettivamente o subiettivamente protetti (Teoria del Merkel).

§ 1. — *Esposizione della teoria.*

53. I reati come offese di interessi generali della società. I reati come offese di diritto. I reati come offese di beni o interessi speciali, pubblici e privati, secondo i casi, protetti obiettivamente, ovvero nella forma di diritti soggettivi. — 54. Sintesi delle idee del Merkel esposta dallo stesso Merkel.

53. Fra le più notevoli concezioni che siano state elaborate in Germania intorno all'oggetto dell'offesa delittuosa e della tutela giuridica penale è, indubbiamente, la concezione del Merkel che può anch'essa (anzi essa in particolare) esattamente definirsi come una teoria *intermedia* fra le teorie che abbiamo chiamato *subiettive* e quelle che abbiamo detto *obiettive* (1).

Per Merkel le azioni punibili (reati), sono azioni le quali sono vietate e sanzionate con pena dal diritto dello Stato a cagione della loro incompatibilità con determinati interessi. Esse vanno

---

(1) Cfr. Merkel, *Kriminalistische Abhandlungen*, Leipzig, 1867. Bd. 1, p. 101 e segg., ora riprodotte nelle " Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der Allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts " (pubblicate postumamente da R. Merkel), 2 Bde, Strassburg, Trübner, 1899); *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart, Enke, 1889, §§ 4 e 5 pp. 10-14 (v. anche §§ 6 e 7 p. 14-21); *Juristische Encyclopädie*. 3ª ed., hgg. von R. Merkel, Berlin, 1904, §§ 260-273, pp. 108-113 (v. anche § 760 e segg., p. 304 e segg).

quindi esaminate, anzi tutto, in quella loro caratteristica in virtù della quale sono vietate, cioè nel loro rapporto con determinati interessi, e in secondo luogo, nella loro caratteristica di essere in opposizione con un divieto statuale.

a) *Le azioni punibili* sono anzi tutto *offese di interessi*. Per il divieto statuale e la punizione di un'azione sono sempre decisive le sue relazioni, legislativamente prevedute, con determinati interessi; e cioè con interessi i quali: *a*) si possono nello Stato far valere come comuni; e *b*) possono, secondo le concezioni dominanti nello Stato stesso, trovare e reclamare una tutela mediante prescrizioni penali e pene. Sotto il primo aspetto il reato si può definire come un " rapporto antisociale „, vale a dire come un rapporto che urta contro quegli interessi che ricevono espressione nel diritto: interessi i quali non sono punto interessi di un singolo soltanto, ma sono sempre interessi di una pluralità di persone e che hanno la forza di farsi riconoscere come comuni. Il diritto è, in tutte le sue parti, un organo di tali interessi. Questi perciò determinano in quale ámbito e in quali forme ai beni dei singoli sia da accordare una tutela giuridica, in quale ámbito ed in qual modo siano da porre limiti giuridici alla libertà, e come siano da combattere le violazioni di questi limiti e specialmente quelle che noi chiamiamo reati. Così il modo con cui questi interessi sono toccati mediante il reato è il motivo decidente del trattamento che vien fatto a quest'ultimo e questo trattamento mira alla sicurezza dei nominati interessi. In essi è perciò riposto, da un lato, l'oggetto, in ultima analisi decisivo, dell'offesa, dall'altro l'oggetto della tutela giuridica penale. Quali interessi poi reclamino una tutela giuridica penale non è questione che si possa decidere mediante una formola generale, ma che può invece soltanto risolversi avuto riguardo ai rapporti di cultura di un determinato tempo e di un determinato popolo (2).

b) *Le azioni punibili* sono inoltre *offese di diritto*. In tanto, invero, le offese di interessi sociali sono reati in quanto contravvengono ad una norma concepita come vigente ed obbligante nella comunità ed urtano perciò contro una opinione pubblica che le disapprova. Là dove il diritto ha raggiunto una autonomia di fronte ad altre forze regolanti l'ordine della comunità (religione,

(2) Merkel, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, § 4, pp. 10-11.

morale, costume) queste offese sono reati solo in quanto le norme che violano hanno gli speciali elementi di una prescrizione giuridica e quella disapprovazione ha trovato così un riconoscimento nella forma del diritto obiettivo. I reati acquistano, per tal modo, nuove, ed ugualmente ad essi essenziali, caratteristiche. In forza appunto dell'antitesi in cui stanno con una prescrizione del diritto, essi, infatti, dimostrano una mancanza di obbedienza alla volontà espressa nel diritto; e pongono, per tal modo, in questione l'autorità di questa volontà e delle sue prescrizioni non che le condizioni della loro efficacia avvenire. Essi offendono, perciò, con gli interessi tutelati dal diritto, anche e al tempo stesso, il potere che li pone sotto la sua tutela. La lotta contro il delitto ha pertanto una importanza per il diritto medesimo. Si tratta, per questo, del mantenimento delle condizioni sotto le quali soltanto esso può adempiere il suo cómpito (3).

c) Dai comuni interessi, di cui è organo lo Stato, si debbono poi distinguere, secondo il Merkel, *gli oggetti, gli stati e i rapporti dalla cui restaurazione, dal cui mantenimento o dalla cui incolumità dipende la soddisfazione di quegli interessi*, i quali, appunto per questo rapporto, vogliono esser posti sotto la tutela del diritto. Ad essi appartiene, per esempio, l'integrità della sanità, della vita, delle libertà, dell'onore dei singoli; ed essi appunto partecipano, sotto determinati presupposti, di una tutela giuridica e possono, quando ne sia il caso, formare il più prossimo obietto di offesa del reato. Il rapporto di questi obietti con gli interessi comuni può essere intimo o remoto, e questa diversità di relazione trova la sua espressione nella diversità dei presupposti sotto i quali è ad essi conceduta una tutela giuridica (4).

d) Dal momento che il diritto pone sotto la sua tutela determinati *beni* o *interessi*, esso genera *rapporti giuridici* come elementi dei quali si presentano, da un lato, una *obbligazione* di non

---

(3) Merkel, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, § 4, p. 12.

(4) Merkel, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, § 5, pp. 12-13. Nelle *Kriminalistische Abhandlungen*, Bd. I, Leipzig, 1867, p. 101, similmente dichiara il Merkel come possibile oggetto dell'offesa delittuosa: “ alle Interessen und Güter... deren Integrität die Gesammtheit zu gewährleisten sich berufen findet „.

recare offesa a questi beni o interessi, e, dall'altro, un corrispondente *potere giuridico*. A questo *potere giuridico* noi applichiamo, sotto determinati presupposti, il concetto e il nome di *diritto subiettivo* (5). I reati acquistano così ulteriori proprietà in quanto offendono accanto a un determinato interesse anche quest'obbligo o questo potere, in ispecie, questo *diritto subiettivo*. Così il furto, la frode, l'appropriazione, il danneggiamento sono offese di diritti subiettivi patrimoniali, e questo obietto di offesa interviene nella definizione legislativa di ogni forma di reato. Per contro gli interessi offesi mediante la bestemmia, il maltrattamento di animali, la sodomia, l'incesto non sono tutelati nella forma di speciali diritti subiettivi. Il generale diritto della volontà dello Stato all'obbedienza del suo precetto appare evidentemente anche in esse come offeso, ma con questo non sono in pari tempo fondati gli speciali diritti subiettivi di cui si è parlato (6).

54. Tale la teorica del Merkel, come noi la troviamo esposta nella sua maggior opera di diritto penale. Volendo riassumerne i risultati non c'è che da richiamarsi alle parole con cui il Merkel medesimo, in un'opera di diritto di indole generale, compendia e sistematizza le idee fondamentali della sua dottrina.

Ogni violazione di diritto — egli dice — contiene un comportamento che contraddice alle esigenze del diritto, ed è quindi contrario a un dovere. Dal lato esterno, un tale comportamento si caratterizza per ciò, che esso pone in essere ciò che, secondo un divieto del diritto, dovrebbe essere omesso, o omette di fare ciò che, secondo un precetto del diritto, dovrebbe avvenire. Ogni violazione di diritto ha una importanza per gli interessi i quali esigono la tutela del diritto. Relativamente a questi interessi si debbono distinguere: 1°) gli interessi speciali, pubblici o privati, i quali vengono toccati mediante le singole violazioni di diritto; 2°) il generale interesse all'autorità del diritto e all'obbedienza, da parte dei singoli, delle sue prescrizioni. Ad 1). Ogni violazione del diritto ha

(5) Il Merkel stesso, *Lehrbuch*, § 5, si richiama qui alla sua *Juristische Encyclopädie*, § 153 e segg. (la numerazione in questo punto è rimasta immutata anche nella edizione postuma di R. Merkel, Berlin 1904).

(6) Merkel, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, § 5, p. 14.

relazione con quegli *speciali interessi* i quali essa effettivamente o per ipotesi offende e per riguardo ai quali la relativa azione è vietata. Questi interessi possono appartenere alla categoria degli interessi tutelati in *modo puramente obiettivo* ovvero possono aver ricevuto una tutela nella forma *di un diritto soggettivo.* Nell'ultimo caso la violazione del diritto contiene insieme l'offesa di un diritto soggettivo: nel primo caso manca ad essa questo elemento. Ad esempio, il furto contiene l'offesa di un diritto subiettivo (il diritto di proprietà del derubato) mentre non lo contiene l'incesto. Noi possiamo generalmente distinguere questi interessi in *immediati* e *mediati*: i primi soltanto dànno il concetto delle relative specie di violazione del diritto e ad essi appartiene il diritto subiettivo che qualche volta in esse viene in considerazione. Ad 2). Ogni violazione del diritto contiene il momento della disobbedienza al diritto obiettivo e così, da una parte, mette in discussione la signoria del diritto stesso, dall'altra genera l'*interesse generale* a che questa padronanza si riaffermi (7).

§ 2. — *Valutazione critica della teoria.*

55. *a)* Impossibile esistenza di diritto obiettivo senza diritti subiettivi. — 56. *b)* Impossibilità di interessi tutelati in modo puramente *obiettivo*, cioè astrazion fatta da ogni soggetto e senza concessione ad alcuno di un diritto soggettivo. — 57. *c)* Inesattezza della definizione del diritto soggettivo come un potere giuridico individualizzato. La diversa individualizzazione dei diritti e le diverse forme di questa individualizzazione. Non ogni individualizzazione, ma solo quella del *soggetto attivo* del potere giuridico è necessaria all'esistenza del diritto soggettivo. Questa individualizzazione c'è sempre che vi è un *potere giuridico di volere.*

55. Indubbiamente chi si appresta alla valutazione critica della teoria del Merkel deve riconoscere in essa un carattere di precisione, e sopra tutto di completezza, che manca a parecchie delle dottrine fin qui esaminate. L'autore, uno dei più eminenti rappresentanti della così detta e da lui fondata “ *teoria generale del diritto* „ (8), porta, anche qui, nella sua concezione dell'oggetto del-

(7) Merkel, *Juristische Encyclopädie*, 3ª ediz. per R. Merkel, Berlin, 1904, §§ 260, 261, 267, 268, 269, 270, 271, 272, pp. 108-112.

(8) Vedasi sopra tutto l'articolo del Merkel contenente l'annunzio e il programma della scuola: *Ueber das Verhältniss der Rechtsphilosophie zur positiven Rechtswissenschaft und zum Allgemeinen Theil derselben* nella “ Zeitschrift für das

l'offesa delittuosa e della tutela giuridica penale, i risultati delle sue profonde e geniali vedute fondamentali intorno al diritto, al torto e alle conseguenze giuridiche di questo, che dànno alla sua particolare teorica su l'oggetto del reato e della tutela penale una base generale così ampia e così salda, da non potersi quella combattere senza scuotere ad un tempo le concezioni generali che le servono di fondamento. Ma appunto per ciò chi, questa teorica, non si limiti a esaminare superficialmente e quasi staccata dalle idee che ne formano il presupposto e il complemento, ma essa invece consideri dentro ed attraverso le intime sue connessioni con le generali concezioni giuridiche dell'autore (quali si trovano esposte nella sua *Enciclopedia giuridica* e nei suoi *Elementi di una teoria generale del diritto*), non può non accorgersi di alcuni errori, l'uno all'altro strettamente legati, che viziano in certo modo, in parte almeno, l'essenza della sua dottrina.

a) Un primo errore del MERKEL (come già del LISZT e di altri scrittori) è quello di ritenere la possibilità di esistenza di *norme giuridiche* (diritto obiettivo) cui non corrispondono, in nessun modo, *diritti soggettivi* mediante esse fondati. Questo errore spiega, più o meno palesemente, i suoi effetti nella concezione che ha il MERKEL dell'oggetto della offesa delittuosa e della tutela giuridica penale. Così ammette il MERKEL che le azioni punibili siano sempre offese di *interessi comuni* giuridicamente tutelati mediante prescrizioni penali e pene e ammette altresì che esse siano offese del *diritto obiettivo*, epperò azioni contrarie a una *norma giuridica*, positiva o negativa, vigente e obbligante nelle comunità; ma nega che quegli *interessi comuni* che ricevono espressione nel diritto, di cui il diritto è l'organo e l'azione delittuosa è l'offesa, costituiscano in alcun modo *diritti subiettivi* (9). Ugualmente riconosce il MERKEL

---

privat und öffentliche Recht der Gegenwart „ („GRÜNHUT's, Zeitschrift „), Bd I, pp. 1-19; 402-621; e le sue opere generali di diritto: *Elemente der Allgemein Rechtslehre* nella 3ª ed. della *Holtzendorffs Encyclopädie*, Leipzig, 1890; *Juristische Encyclopädie*, 3ª ed., per opera di R. MERKEL, Berlin, 1904.

(9) Che il diritto (penale) obiettivo pur considerato come organo ed espressione di interessi sociali, non dia luogo ad alcun *diritto subiettivo dello Stato* (diritto all'obbedienza) è espressamente dichiarato da MERKEL per cui, anzi, il vedere se l'oggetto della offesa delittuosa sia il diritto obiettivo o subiettivo (dello Stato) appare (da tal punto di vista) una questione scolastica. Cfr. *Lehr-*

che il reato è sempre violazione di uno *speciale* bene o interesse, pubblico o privato, anch'esso (per le sue relazioni con gli interessi generali e comuni) tutelato dal diritto e costituente anzi il più prossimo oggetto di offesa del reato stesso; nè nega che sia il reato la violazione di un *obbligo* e anche di un correlativo *potere giuridico* e perciò di un vero e proprio *rapporto giuridico*. Ma si rifiuta di vedere sempre in questo *potere giuridico* un *diritto subiettivo* e quindi nel reato la necessaria *violazione di un diritto soggettivo* dell'offeso. Il reato non è sempre pel MERKEL la violazione di un *diritto soggettivo proprio della persona offesa o danneggiata dal reato* (soggetto passivo del reato) perchè, come egli rileva, l'oggetto, per il suo rapporto con gli interessi comuni, posto sotto la tutela del diritto è bensì sempre uno *speciale bene o interesse pubblico o privato*, ma un bene o interesse che può essere garantito anche soltanto *obiettivamente* e non già *necessariamente nella forma di un diritto subiettivo*. In conclusione, dunque, secondo il MERKEL, l'azione delittuosa è bensì necessariamente e sempre *offesa del diritto obiettivo* (norma giuridica) ma non necessariamente e non sempre *offesa di un diritto soggettivo* (10). O in altri termini,

---

buch des deutschen Strafrechts, § 6, pp. 19-20: " Sia ancora accennato qui alla questione: se la disobbedienza contenuta nelle azioni punibili abbia da riferirsi al diritto obiettivo, ovvero, come alcuni vogliono, al diritto subiettivo della volontà statuale in quello manifestata, una questione alla quale è da riconoscere soltanto una importanza scolastica. È realmente la stessa cosa il pensare il diritto oggettivo o il diritto soggettivo come oggetto dell'offesa; si tratta qui sempre dello stesso potere psichico: soltanto che noi una volta lo consideriamo come il potere di un determinato subietto (della volontà statuale) e un'altra volta come un potere manifestantesi in determinate forme (leggi, atti giudiziali, ecc.). La questione ha lo stesso valore di quella di vedere se la disobbedienza del fanciullo sia da considerare come una disobbedienza contro i comandi dei genitori o contro i genitori comandanti o, che è lo stesso, contro il diritto dei genitori di comandare ". A questa sua opinione sembra però contraddire lo stesso MERKEL quando parla di un " *Allgemeine Recht des staatlichen Willens auf Befolgung seiner Gebote* " (*Lehrbuch*, § 5, p. 14, sub. 2) e quando afferma la costante esistenza di un *diritto subiettivo dello Stato alla omissione del reato* (cfr. *Lehrbuch d. deutsch. Strafrechts*, § 64, p. 172: " *Der bezeichnete Rechtsanspruch auf die Strafe tritt an die Stelle desjenigen, welchem das Delikt selbst widerstreitet*, ecc. ").

(10) Ciò è dichiarato esplicitamente e senza restrizioni dal MERKEL, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, § 7, p. 21: " Irrig aber ist das Wesen aller Delikte in einer Verletzung subjektiver Rechte finden zu wollen ".

e stando sempre al pensiero del Merkel: *vi possono essere norme giuridiche senza diritti soggettivi corrispondenti.* Così posta l'affermazione del Merkel, ognun vede come non si possa in alcun modo accettare. Essa contravviene a una verità generalmente riconosciuta così nel campo della scienza che in quello della filosofia del diritto: il principio, cioè, altre volte ricordato, dell'assoluta inseparabilità del momento obiettivo dal momento subiettivo del diritto: principio che non può disconoscersi senza disconoscere ad un tempo la natura propria del diritto e dei rapporti giuridici. Se infatti è vero — come già si è detto — che le norme giuridiche si distinguono dalle altre norme della condotta umana (religione, morale, costume) per ciò che queste sono unilaterali, si rivolgono cioè a ciascuno individuo separatamente considerato, mentre quelle sono bilaterali ed interpersonali, per ciò che le une impongono soli doveri e le altre, da un lato, impongono doveri e, dall'altro, attribuiscono pretensioni e facoltà di esigere; se è vero che in quest'obbligo e nella correlativa pretesa sta appunto il rapporto giuridico e che, il diritto soggettivo, nella sua espressione più semplice, non è se non una *pretesa,* una *facoltà di esigere* riconnessa da una norma giuridica alla *volontà* di un soggetto determinato; bisogna logicamente concludere che diritto oggettivo e diritto soggettivo non sono fra di sè separabili, che essi costituiscono due momenti della cui indissolubile unione soltanto la completa nozione del diritto può risultare (11).

---

(11) L'inseparabilità dei due momenti, obiettivo e subiettivo, del diritto è riconosciuta, in fondo, dallo stesso Merkel quando afferma (*Juristische Encyclopädie,* § 158 nota: v. anche § 5), da una parte, che " tutte le norme giuridiche si riferiscono a rapporti giuridici o dànno luogo a rapporti giuridici ", e dall'altra " che non si dà nessun rapporto giuridico nel quale possa esistere soltanto un lato attivo o soltanto un lato passivo " e che " in tutti i rapporti giuridici si può invece distinguere un lato *di potestà giuridica* da un lato di *vincolo giuridico* ". Se può apparire diverso il pensiero dell'autore ciò dipende soltanto dal ristretto e non esatto concetto che il Merkel ha del diritto subiettivo il quale, per lui, non è ogni potere giuridico, ma il potere giuridico individualizzato (*Juristische Encyclopädie,* § 153, 158 nota, sub. 4). E allora si capisce come pel Merkel ogni norma giuridica, pur dando luogo a un *obbligo giuridico* e a una correlativa *pretesa giuridica* cioè a un *rapporto giuridico,* non generi sempre un *diritto in senso subiettivo* (cfr. Merkel, *Juristische Encyclopädie,* § 165 nota: "...di fronte ad ogni diritto subiettivo sta un obbligo

56. *b)* Un altro errore del MERKEL, che non è se non un diverso aspetto di quello dianzi notato, sta nel ritenere la possibilità di interessi tutelati *solo obiettivamente* dal diritto, senza la concessione, ad alcuno, di un *diritto subiettivo*. Questo errore apparisce già nel *Trattato di diritto penale*, ma si rivela, ad assai più chiare note, nella *Juristische Encyclopädie*. Ivi, infatti, il MERKEL, dopo avere osservato che gli *interessi speciali*, pubblici o privati, immediatamente offesi dalle *azioni illecite* possono ricevere una tutela *nella forma di diritti subiettivi*, ovvero essere tutelati *in modo puramente obiettivo* (12), spiega inoltre in che, per lui, questa *tutela puramente obiettiva* consista, e la ritrova in certi beni o interessi, i quali sono dal diritto, specialmente dal diritto penale, garantiti soltanto in modo *generico*, senza che siano in niuna guisa *individualizzati* i rapporti giuridici ad essi relativi (13). Ma che si tratti

---

giuridico. Ciò appartiene al suo concetto. Al contrario, non di fronte ad ogni obbligo giuridico sta un diritto soggettivo, ma bensì una potestà giuridicamente determinata „).

(12) Cfr. MERKEL, *Juristische Encyclopädie*, §§ 269 e 270.

(13) Giova per maggiore esattezza riferire in proposito le testuali parole del MERKEL, *Juristische Encyclopädie*, §§ 154-157, pp. 72-73: " Un contrapposto ai rapporti giuridici conformati individualmente è dato là dove il diritto obiettivo non si ingerisce in un interesse altrimenti che concedendogli una tutela determinata genericamente (§ 154). Ciò avviene rispetto all'interesse del singolo di poter studiare, tener relazioni sociali, fare una gita, pranzare ad un'ora determinata. Questo interesse è partecipe di una tutela giuridica in quanto gli arbitrari turbamenti alla sua soddisfazione sono puniti in applicazione di determinate leggi penali d'indole generale (leggi su le ingiurie, le violazioni di libertà, ecc.). Ma la potestà giuridica che ne deriva non sta in rapporto col particolare contenuto di questo interesse, ma con un contenuto che esso ha comune con molti altri: quindi anche le condizioni e le modalità sotto le quali ciascuno può proseguire la soddisfazione di questo interesse non formano oggetto particolare di norme giuridiche (§ 155). Così pure manca ogni potestà giuridica individualizzata negli interessi sociali alla realizzazione di determinati principî della nostra civiltà, della nostra amministrazione della giustizia e di un ordinato commercio patrimoniale. Il diritto obiettivo concede loro una tutela, parte a mezzo di norme generali di polizia, parte mediante norme penali contro determinate azioni, come l'incesto, la sodomia, lo spergiuro, la falsificazione di documenti e monete. Ma la potestà giuridica che ne risulta non è messa in rapporto a determinati subietti e non è oggetto di determinazioni specializzate. Manca qui la ragione di regolare specialmente le condizioni e modalità con le quali questi interessi debbono farsi valere. Un ul-

qui di un errore — ed anche abbastanza evidente — è dimostrato dalle esigenze stesse della psicologia, da un lato, e della logica giuridica dall'altro, le quali smentiscono la ritenuta possibilità di esistenza di interessi tutelati appunto in forma puramente *obiettiva*. Nulla, infatti, di più errato, dal punto di vista psicologico, che la separazione dell'interesse dall'interessato, cioè dalla persona di colui che dell'interesse è soggetto, o portatore, o destinatario che voglia dirsi. Già il concetto di " interesse „ è per sè medesimo un concetto, non *obiettivo*, ma *subiettivo*, giacchè ciò che oggettivamente esiste come " bene „ può divenire " interesse „, e come tale apparirci, soltanto a patto di riferirlo a un *subietto umano*, ad una persona che quel bene abbia o si proponga di avere. Ma, inoltre, parlar di *interesse*, indipendentemente dalla " *volontà* „ di un uomo che quell'interesse soddisfi o tenda a soddisfare, non è, psicologicamente, possibile. Se è un assurdo, di recente ben a ragione rilevato, il distaccare la volontà dall'interesse, privandola così del suo contenuto — perchè, come osserva lo JELLINEK (14), non si può volere *simpliciter*, ma bisogna pur volere un *quid*, un *bonum*, che *nobis interest* — non è meno assurdo concepire uno *scopo*, che non sia voluto, un bene o *interesse* che una *volontà* non tenda ad attuare perchè, sempre secondo l'espressione dello JELLINEK, la *volontà* è appunto " il mezzo necessario per cui qualche cosa diviene bene o interesse „ (15). Ma se un *interesse*, senza una *volontà*, non

---

teriore esempio offrono gli interessi che sono tutelati mediante le disposizioni penali sul maltrattamento degli animali (§ 156). Le caratteristiche dei diritti subiettivi, in tutti questi casi, appariscono soltanto in seguito alle violazioni degli interessi tutelati, giacchè, da tali violazioni derivano allo Stato e forse anche a un singolo interessato facoltà che portano seco queste caratteristiche: per esempio: la facoltà di assoggettare il colpevole ad una pena di determinata misura e gravità (§ 157).

(14) JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2ª ed., Tübingen, 1905, cap. IV, p. 42: " Jeder menschliche Willensact muss einen bestimmten Inhalt haben. Man kann nicht schlechthin wollen, sondern immer nur *Etwas* wollen... „ Nello stesso senso: GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, Bd. I, Leipzig, 1895 (*Allgemeiner Teil u. Personenrecht*), p. 253, per cui la volontà che costituisce la sostanza di ogni diritto non può essere " leerer und zielloser Wille, sondern Wille der von einem bestimmten Inhalt erfullt und auf ein bestimmtes Ziel gerichtet ist „.

(15) JELLINEK, *System d. subject. öffentl. Rechte*, 2ª ed., p. 44.

è concepibile e se la *volontà* è propria soltanto dei subietti umani, separar l'interesse dalla persona di colui che lo ha, diventa, manifestamente, impossibile. Se c'è un *interesse*, la psicologia esige ad ogni modo che vi sia un *soggetto*, un portatore o destinatario dell'interesse. Potrà questi essere una persona fisica, un uomo o anche una collettività, una pluralità o associazione di uomini (giuridicamente personificata o non personificata). Potrà questo soggetto essere soltanto latente o indeterminato e venir fuori o determinarsi solo in un dato modo e in un dato momento. Ma un soggetto, individuo o collettività di individui, manifesto o latente, individualizzato o individualizzabile, deve esserci sempre, e c'è, sempre, infatti. La sua presenza non è richiesta solo dalle leggi della psicologia, ma dalla natura medesima del diritto e dalle esigenze logiche che governano l'organismo di questo. Ogni norma giuridica è un imperativo, un comando o un divieto: ogni comando o divieto parte da una *volontà* e si dirige ad un'altra *volontà*, tende a porre un *motivo* alla determinazione di questa, a coartarla psicologicamente perchè si determini nel senso indicato dal comando o dal divieto. Ogni norma giuridica genera perciò un obbligo giuridico: obbligo di fare o di non fare. Ma ogni obbligo giuridico non è che un mezzo per la tutela di un bene o interesse. E poichè solo come possibile contenuto di una volontà può qualche cosa divenir parte costitutiva del mondo dei beni o degli interessi (16), così per tutelare un bene o interesse deve necessariamente l'ordine giuridico riconoscere e tutelare in primo luogo la volontà umana e la sua manifestazione (17). Nel meccanismo del diritto la forza motrice è sempre data da una *volontà umana*: *volontà* di un organo dello Stato (legislatore) che vieta e comanda; *volontà* a cui il comando o il divieto è rivolto: *volontà* di colui a cui favore si comanda o si vieta. Tutto il diritto — ed anche il diritto penale — è fatto così. La tutela che esso appresta ai beni e agli interessi umani ai beni della esistenza individuale e sociale non può giungere ad essi se non attraverso il *medium* di *volontà* umane. E come *l'interesse* suppone un *subietto interessato* così la *volontà* suppone un *subietto volente*. Come dunque può darsi la tutela giuridica di un

---

(16) Jellinek, *System d. subject öff. Rechte*, 2ª ed., p. 43.
(17) Jellinek, *System*, p. 44.

interesse *che prescinda da ogni subietto* (*dell'interesse* o *della volontà* che lo attua) la tutela, cioè, meramente *obiettiva* di un interesse? (18).

57. *c)* La verità è che l'erronea affermazione dell'esistenza di interessi tutelati in modo *puramente obiettivo* non è, in MERKEL, se non il derivato di un altro errore, e questo relativo al concetto medesimo del diritto in senso subiettivo. Mentre, infatti, egli ammette che il diritto nel porre sotto la sua tutela determinati beni o interessi, generi *rapporti giuridici*, di cui sono elementi, da un lato, l'*obbligo* di non recare offesa a quei beni o interessi e, dall'altro, un corrispondente *potere giuridico*, nega poi, come si è visto, che a questo *potere giuridico* possa sempre attribuirsi il concetto e il nome di *diritto subiettivo*. Per lui, dunque, non ogni *potere giuridico*, non ogni *pretesa giuridica* è un *diritto subiettivo* (19). Ma quali poteri giuridici costituiscono diritti soggettivi? La risposta è data dal MERKEL nella sua *Enciclopedia Giuridica*. Diritti soggettivi sono soltanto quei poteri giuridici che sono *individua-*

---

(18) La possibilità di una tutela, *meramente obiettiva* di un interesse non sembra a noi suffragata neppure dagli esempi che il MERKEL si sforza di mettere innanzi (cfr. il brano riportato sopra a nota 13). L'interesse del singolo di poter studiare, tener relazioni sociali, fare una gita, pranzare ad un'ora determinata è così poco *obiettivamente* tutelato, che fa parte di *un diritto subiettivo*; il *diritto di libertà individuale* (*privato* o *pubblico* secondo che questi interessi vengono garantiti di fronte agli *altri privati* ovvero di fronte allo *Stato* medesimo). E neppure può dirsi tutelato in modo puramente obiettivo l'interesse della moralità civile, offeso dall'incesto, l'interesse alla buona amministrazione della giustizia, offeso dallo spergiuro, l'interesse all'ordinato commercio patrimoniale, leso dalla falsificazione di documenti o monete (MERKEL, op. cit., § 156). Qui è la *società* tutta intera, secondo i casi, personificata (p. e., nello spergiuro, nel falso in monete, ecc.) o non personificata nello *Stato* (p. e., nell'incesto, ecc.), che appare come soggetto di quegli interessi; alla cui tutela è poi sempre una *pretesa giuridica dello Stato* (diritto subiettivo pubblico) al rispetto degli interessi medesimi. Ugualmente è un *interesse della società*, a difesa del quale sta pur sempre un *diritto subiettivo* proprio *dello Stato*, l'interesse tutelato mercè le disposizioni penali sul maltrattamento degli animali, (sentimento di pietà o di compassione o di benevolenza verso gli animali).

(19) MERKEL, *Juristische Encyclopädie*, § 165, nota: " Nicht jeder Rechtspflicht steht dagegen ein *subjektives Rechts* gegenüber, wohl aber jeder eine irgendwie bestimmte *rechtliche Macht* ".

lizzati (20). Così posto il concetto del diritto subiettivo, è evidente come esso non si possa, senza ogni possibile riserva, accettare. Se, invero, il diritto soggettivo è, a detta dello stesso MERKEL, un *potere* accordato in grazia di un determinato *interesse* dal diritto presupposto, e foggiato come un *mezzo* per la soddisfazione dell'interesse medesimo (21), è pur vero che ogni qual volta per l'attuazione di un determinato *interesse*, individuale o sociale, il diritto obiettivo concede alla *volontà* di un soggetto un qualsiasi *potere* giuridico (e lo concede secondo lo stesso MERKEL per regola che non ammette eccezioni) (22); ogni qual volta ad un *obbligo giuridico* di un soggetto corrisponde una *pretesa* giuridica di un altro soggetto (e si tratta anche pel MERKEL di due lati necessariamente correlativi di uno stesso concetto) (23); ogni qual volta infine vi è un *rapporto giuridico* (e c'è, a detta dello stesso MERKEL, sempre che esiste una norma giuridica) (24); vi è anche, per ciò stesso e senza alcuna eccezione, un *diritto* nel senso *subiettivo*. Il diritto subiettivo non è, in ultima analisi, che una parte, un lato del rapporto giuridico, e cioè, il lato attivo, di potestà giuridica, in contrapposto al lato passivo, di vincolo giuridico. Certo — ed è merito del MERKEL l'averlo fra i primi osservato, la garanzia che

---

(20) MERKEL, *Juristische Encyclopädie*, §§ 146-153 e 158. Ad evitare ogni equivoco sul pensiero dell'autore giova riferirne i tratti più salienti: " I rapporti giuridici — egli dice — mostrano, nella loro più semplice formazione, un lato attivo ed uno passivo: un lato di potestà giuridica e un lato di vincolo giuridico. Quello risponde alla funzione di tutela e di garanzia del diritto; questo, alla funzione di comando e di limitazione (§ 146). I rapporti giuridici presentano, secondo la natura degli interessi in essi tutelati, in diversa misura campo ed occasione ad una attuazione regolata ed individualizzata del diritto obiettivo. Noi possiamo corrispondentemente distinguere un più elevato e un più basso gradino di individualizzazione e di formazione giuridica dei rapporti giuridici esistenti (§ 150). Nei rapporti giuridici formati più individualmente la potestà giuridica sta, di regola, in più stretta connessione con gli interessi e con la volontà di determinati subietti e appare in rapporto alla sua nascita, alla sua durata, alla sua limitazione ed alla sua efficacia come oggetto di determinazioni specializzate (§ 151). *Una tale potestà giuridica individualizzata si chiama un diritto subiettivo* (§ 153).

(21) MERKEL, *Juristische Encyclopädie*, § 159 e nota.

(22) MERKEL, *Juristische Encyclopädie*, § 158 nota.

(23) MERKEL, *Juristische Encyclopädie*, §§ 5, 146, § 158 nota, § 165 nota.

(24) MERKEL, *Juristische Encyclopädie*, § 158 nota.

il diritto offre agli interessi umani della esistenza, individuali e sociali, pur manifestandosi sempre nella forma di un *potere* dato al *volere* (o, che per noi è lo stesso, nella forma di un diritto soggettivo) non è data sempre allo stesso modo in tutte le specie di diritti soggettivi. La garanzia, presenta, invece, gradi diversi di individualizzazione (25). Così vi sono diritti soggettivi, come il di-

---

(25) Cfr. MERKEL, *Juristische Encyclopädie*, §§ 150, 151, 152, 158. Al § 158 *nota*, egli più particolarmente osserva " Quanto a questa individualizzazione della potestà giuridica che vien conceduta dal diritto obiettivo a determinati interessi, vi sono numerose differenze e sfumature. Ciò trova una espressione nella incertezza e nella delicatezza dell'uso della lingua rispetto ai limiti entro i quali una potestà giuridica si deve dichiarare diritto in senso subiettivo, come pure nelle questioni che son sorte nella scienza riguardo a questi limiti. Così si questiona, ad esempio, se i così detti " diritti di libertà „ o " diritti fondamentali „ siano a ragione trattati come diritti. Si deve tener fermo: 1°) che tutte le norme giuridiche si riferiscono a rapporti giuridici e danno luogo a rapporti giuridici; 2°) che in tutti i rapporti giuridici si può distinguere un lato di potestà giuridica da un lato di vincolo giuridico. Non si danno, come molti pensano, rapporti giuridici nei quali possa esistere soltanto un lato attivo o soltanto un lato passivo. Ambedue sono inseparabili come la parte imperativa e quella permissiva del diritto obiettivo; 3°) che quella potestà giuridica può ricevere una forma più o meno individualizzata; 4°) che concetto e nome di diritto subiettivo si riferiscono ad un gradino di questa individualizzazione. — Pur riconoscendo col MERKEL questa *scala di individualizzazione* nei poteri giuridici, noi riteniamo che il gradino di esso, a cui deve fermarsi il concetto del *diritto subiettivo*, da altro non possa esser dato se non dalla *mancanza di ogni possibile individualizzazione o determinazione del soggetto attivo del potere giuridico*; l'esistenza di *un soggetto* (determinato o determinabile) di una *volontà* è infatti la condizione al tempo stesso *necessaria* e *sufficiente* per l'esistenza di un *diritto soggettivo* (*interesse* protetto mediante un *potere giuridico* dato alla *volontà di un soggetto*). In tal caso però è da notare, contrariamente a quanto pensa il MERKEL, che mancherebbe addirittura ogni *potere* e ogni *rapporto giuridico* perchè un potere di volere non è certo concepibile senza un soggetto volente. È ciò mai possibile? Non lo crediamo. Poichè, infatti, come ben dice il MERKEL, ogni norma giuridica dà luogo a un rapporto giuridico e ogni rapporto giuridico consta di un obbligo e di un corrispondente potere giuridico, ciò basta a dimostrare che non vi è norma giuridica cui non si accompagni un potere giuridico, che è quanto dire un diritto soggettivo *in uno o in altro soggetto*. L'assoluta mancanza di un soggetto attivo di un diritto è dunque una ipotesi che sta fuori della realtà giuridica: accanto a un *interesse* il cui soggetto è indeterminato sta infatti sempre una *volontà* il cui soggetto è determinato: la quale *volontà* mira appunto alla soddisfazione di quell'interesse. Del resto — nota bene lo stesso

ritto di credito, in cui tutto è individualizzato e specificato; il soggetto attivo del diritto (creditore); il soggetto passivo (debitore): ed anche l'oggetto della pretesa giuridica (una prestazione determinata) (26). Ve ne sono altri, come il diritto reale, in cui è bensì individualizzato il soggetto attivo (proprietario, possessore, ecc.), ma non il soggetto passivo del diritto; e in cui il potere giuridico, sia che lo si consideri come pretesa verso i terzi, sia pur che lo si consideri come facoltà di agire del soggetto attivo del diritto, non riceve che una determinazione complessiva e generica (27). Vi sono poi diritti, come i diritti di famiglia, in cui è bensì individualizzato il soggetto attivo (padre, marito, ecc.) ed anche il soggetto passivo (figlio, moglie, ecc.), ma il potere giuridico del primo, sia come facoltà di agire sul secondo, sia come pretesa verso il secondo, non trova che una determinazione puramente *negativa* (ciò che il soggetto attivo non può fare nè pretendere) (28). Ve ne sono, infine, altri, come il diritto di libertà (privato individuale) in cui è individualizzato il solo soggetto attivo, non il soggetto passivo, e in cui il potere giuridico, sia che lo si consideri come facoltà di agire del titolare, sia che lo si consideri come pretesa verso i terzi, è così indeterminato che è impossibile sapere, anche in via di approssimazione, che cosa il

---

MERKEL, *Juristische Encyclopädie*, § 158, in nota: "la questione come si debba delimitare più esattamente questo gradino di individualizzazione a cui si riferisce il concetto di diritto subiettivo, non ha tutta l'importanza scientifica che le si suole attribuire „. Su la maggiore o minore individualizzazione, vedi pure, su le traccie del MERKEL (*Juristische Encielopädie*, l. c.), le osservazioni del VANNI, *Lezioni di filosofia del diritto*, Bologna, 1904, p. 122, e del RAVÀ, *I diritti su la propria persona*, Torino, 1901, p. 155 e segg.

(26) Cfr. HARTMANN, *Die Obligation-Untersuchungen über ihren Zweck und Bau*, Erlangen, 1875, p. 31; KUNTZE, *Die Obligationen im römischen und heutigen Recht*, Leipzig, 1886, p. 123; DEGENKOLB, *Zur Lehre von Vorvertrag* in "Archiv für die civilistische Praxis „, Bd. LXXI, p. 1 e segg. Vedasi anche un cenno in KELLER, *Pandekten*, § 219, e negli autori citati sopra a nota 25 (fra cui lo stesso MERKEL, *Juristische Encyclopädie*, § 152).

(27) Cfr. BEKKER, *Allerlei von den dinglichen Rechten*, nella "Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft „, Bd. II (1880), p. 11 e segg. (cfr. pure nota 25).

(28) Cfr. BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, Bd. I, Weimar-Böhlau, 1886, § 25, p. 78.

titolare possa fare o non fare, pretendere o non pretendere (29). Ma la maggiore o minore individualizzazione del diritto, le numerose varietà e gradazioni che si possono, per questo rispetto, riscontrar nei diritti, non tolgono la possibilità di esistenza dei diritti soggettivi medesimi. Potrà essere indeterminato e generico il potere giuridico, in che il diritto consiste; potrà non essere specificato il soggetto passivo verso il quale il potere stesso è rivolto, e a cui incombe l'obbligo o il dovere corrispondente, ma il diritto soggettivo rimane, finchè rimane il *soggetto attivo* del diritto medesimo, finchè vi è un titolare, un portatore del diritto, uomo o collettività di uomini, persona fisica o persona giuridica, il cui *interesse* possa venire giuridicamente riconosciuto e protetto da una norma con l'accordare una forza, un potere, una pretesa giuridica alla *volontà umana* diretta ad attuarla. È, dunque, bensì vero, ciò che il Merkel afferma, cioè che un *interesse*, per poter costituire un *diritto soggettivo*, ha da essere *individualizzato*, ma è vero altresì che *non ogni individualizzazione* è necessaria, perchè vi sia un diritto soggettivo, che non è, cioè, necessaria una *individualizzazione obiettiva* (cioè dell'oggetto, del contenuto della pretesa giuridica) e neppure, mi si conceda la frase, *passivamente subiettiva* del rapporto giuridico, ma solo si richiede una individualizzazione, per così dire, *attivamente subiettiva* di esso. Ma l'individuazione del *soggetto attivo del potere* e del *rapporto giuridico* c'è, sempre che c'è un *potere* ed un *rapporto giuridico*, perchè il potere giuridico essendo un potere " *di volere* „ e la *volontà* supponendo sempre un *subietto volente*, non si saprebbe altrimenti capire a qual mai *volontà* quel potere potesse venir conferito. Se, adunque, ogni pôtere giuridico è necessariamente *individualizzato in una persona* (soggetto attivo del potere giuridico), se ogni potere individualizzato in un soggetto determinato è — a confessione dello stesso Merkel — un *diritto subiettivo*; è senza dubbio ogni *potere giuridico* un *diritto soggettivo*.

Ma si può replicare. Vi sono beni o interessi come la sanità, la tranquillità, l'incolumità pubblica, la fede pubblica, il buon co-

---

(29) Cfr. lo stesso Merkel, *Juristische Encyclopädie*, §§ 155 e 158 nota. Si cfr. anche Vanni, *Lezioni di filosofia del diritto*, Bologna, 1904, p. 122; Ravà, *I diritti su la propria persona*, Torino, 1901, p. 155.

stume, la buona fede commerciale e via dicendo che sono garantiti dal diritto, e più precisamente dal diritto penale, in modo generale, senza che neppure sia specificato il soggetto attivo dello interesse (il pubblico), senza che sia neanche determinato a chi appartenga il bene garantito. In questi casi, dice il MERKEL, poichè non c'è alcuna ragione di regolare specialmente le condizioni e le modalità con cui questi interessi debbon farsi valere, la potestà giuridica che risulta dalla loro tutela non è messa in rapporto a determinati subietti e non è oggetto di determinazioni specializzate: non si avrà dunque un *diritto soggettivo*. Eppure vi è un *potere giuridico* ed un *rapporto giuridico* (30). Ebbene, ecco, invece, l'errore. In tali casi non si ha, è vero, un *diritto soggettivo* proprio dei destinatari di quegli interessi (31), ma non c'è nemmeno un

(30) MERKEL, *Juristische Encyclopädie*, § 156.

(31) Che anche nell'ipotesi di beni o interessi tutelati genericamente e senza specificazione del subietto a cui appartiene il bene garantito vi sia ugualmente un *diritto soggettivo*, e questo proprio *del singolo*, ritiene, invece, il VANNI, *Filosofia del diritto*, Bologna, 1904, p. 123. Per lui, in tal caso, il soggetto, sebbene latente, vi è sempre, appunto perchè non si può garantire uno scopo, un bene o interesse, senza che vi sia un soggetto, un portatore di questo scopo e di questo interesse. " Ciò è tanto vero — egli aggiunge — che, in certi momenti, questo soggetto vien fuori e si individua con tutti (?) i caratteri del diritto soggettivo; e ciò avviene specialmente nel momento della violazione del diritto. Infatti se il diritto è violato noi vediamo che o un particolare individuo che abbia sofferto la lesione (p. es., nel caso di spendita di monete false) oppure tutta la comunanza, della quale si fa rappresentante lo Stato, intervengono *ad esigere le conseguenze derivanti dalla violazione della norma giuridica* ". Se non che il fatto, da noi pure affermato (*sopra*, testo, nº 56) che ogni *scopo* e ogni *interesse* presuppone una *volontà* e quindi un *soggetto*, da cui essa procede, non importa necessariamente che proprio alla *volontà di quel soggetto* l'ordinamento giuridico debba attribuire il *potere giuridico* o, che è lo stesso, il *diritto subiettivo*. Quando, come nel caso, si tratta di un *interesse*, non proprio soltanto *di un individuo*, ma comune invece a tutti i cittadini (proprio della società, non giuridicamente personificata nello Stato) e, perciò appunto, non specificamente, ma genericamente tutelato, il potere giuridico non può, nonchè dal diritto penale (che mai consacra poteri giuridici nei singoli offesi dal reato), da alcuna norma giuridica venir conferito alla *volontà del privato* (cioè di un determinato individuo) ma può invece essere soltanto attribuito alla *volontà dello Stato*. In tal caso, perciò, si ha, sì un *diritto subiettivo*, ma non dell'*individuo offeso*, bensì *dello Stato*. Che, infatti, al momento della sua violazione, l'interesse, prima generico, si individualizzi

potere giuridico da parte di essi, nè si costituisce punto un *rapporto giuridico* di cui essi appaiono come i *soggetti attivi*. Tutelando coi suoi precetti quei beni o interessi, comminando pene agli autori di azioni ad essi contrarie, il diritto penale, che quei beni *esclusivamente* protegge, in niun modo conferisce ai portatori di tali beni un *potere giuridico* o, che è lo stesso, un *diritto soggettivo*. Nè lo potrebbe. Come accordare, infatti, alla volontà di un determinato soggetto interessato il potere di disporre di un bene o di un inte-

---

e il soggetto, prima latente, venga fuori, nella veste del particolare individuo che ha sofferto la lesione, è spesso, se non sempre, vero (se è tutta la comunanza che appare, pur nel momento della violazione dell'interesse, è evidente che il soggetto di questo rimane, anche dopo e non ostante la violazione, ugualmente *indeterminato*). Ma ciò, dato anche che sia, non prova affatto che quell'interesse abbia e possa avere *i caratteri del diritto subiettivo*, che esso sia, cioè, e possa essere, tutelato dal diritto mediante un *potere* dato al *volere* che lo realizza. Questo potere, anzi, nell'individuo il cui interesse appare, nel singolo caso, violato, non c'è. Non c'è certo anteriormente alla violazione di questo interesse (appunto perchè si tratta di un interesse *comune* a tutti i cittadini la di cui disposizione non può essere lasciata a uno solo); e sarebbe strano che sorgesse dopo, quando, a causa della violazione, altro appunto non resta se non " *esigere le conseguenze derivanti dalla violazione della norma giuridica* „ L'esigere la conseguenza della violazione della norma è, certamente, l'oggetto di una *pretesa giuridica*, cioè di un *diritto soggettivo*, dello Stato o del privato; ma questo diritto, qualunque esso sia (diritto di punire, diritto al risarcimento del danno) ha per contenuto un *interesse* che è ben distinto dall'*interesse offeso*. Il diritto all'applicazione della sanzione, posta all'osservanza di una norma giuridica, nasce invero dall'inosservanza della norma giuridica stessa e non può pertanto non avere per base un *interesse diverso* dall'*interesse* offeso mediante la violazione della norma giuridica. Esso infatti ha appunto lo *scopo* di *tutelare l'interesse offeso* dalla violazione della norma giuridica, mediante una *reazione* (riparativa o preventiva) all'azione violatrice della norma medesima. Ed è tanto distinto dall'*interesse giuridico offeso* l'*interesse* e il *diritto* di " *esigere le conseguenze derivanti dalla violazione della norma giuridica* „ che esso può appartenere anche a un soggetto diverso dal soggetto dell'interesse direttamente offeso. Così l'interesse e il diritto al risarcimento del danno derivante da un fatto illecito doloso o colposo (delitto o quasi delitto civile) è diverso dall'interesse e dal diritto leso mediante il delitto o quasi delitto civile e può appartenere ad un soggetto diverso dal soggetto dell'interesse offeso (p. es., l'erede del danneggiato). Così pure l'interesse e il diritto alla punizione del reo è diverso dall'interesse offeso mediante il reato e appartiene a un soggetto (lo Stato) che può essere ed è anzi spesso diverso dal soggetto dell'interesse leso (p. es., il privato).

resse che essendo *proprio di tutti*, non appartiene particolarmente ed esclusivamente *a nessuno?*

Ciò d'altronde, per quanto riguarda il diritto penale, non deve far meraviglia; non avviene qui infatti nulla di speciale e nulla di diverso da quello che avviene quando il diritto penale offre la sua tutela giuridica a un interesse il cui soggetto attivo è precisamente determinato: nulla di diverso neppure da ciò che avviene quando l'interesse protetto dal diritto penale costituisce un vero e proprio *diritto soggettivo* di una persona determinata, fisica o giuridica. Il diritto penale, in vero, lo si è già detto, non ha mai virtù di trasformare in diritti soggettivi gli interessi dei singoli offesi dai reati: perchè questi interessi, se pur costituiscono diritti, son sempre tali in forza di norme giuridiche, altre da quelle del diritto penale. Un diritto soggettivo, nel caso in esame, crea indubbiamente, come in ogni altro caso, e al pari di ogni altro diritto, anche il diritto penale; un diritto, appunto, al rispetto del bene o interesse particolarmente offeso dal singolo reato: ma non un diritto *del privato o dei privati offesi*, bensì *dello Stato* (32). Ma appunto perchè dal comando o divieto penalmente sanzionato sempre nasce a favore dello Stato un diritto in senso soggettivo, *una tutela meramente obiettiva di un interesse* non è, anche da parte del diritto penale, possibile.

Per generico e indeterminato che sia il soggetto di un interesse, mai può questo esser tutelato *obiettivamente*, senza riguardo *a nessun soggetto* (33). Se ciò può apparire, non è che mera illusione. In realtà

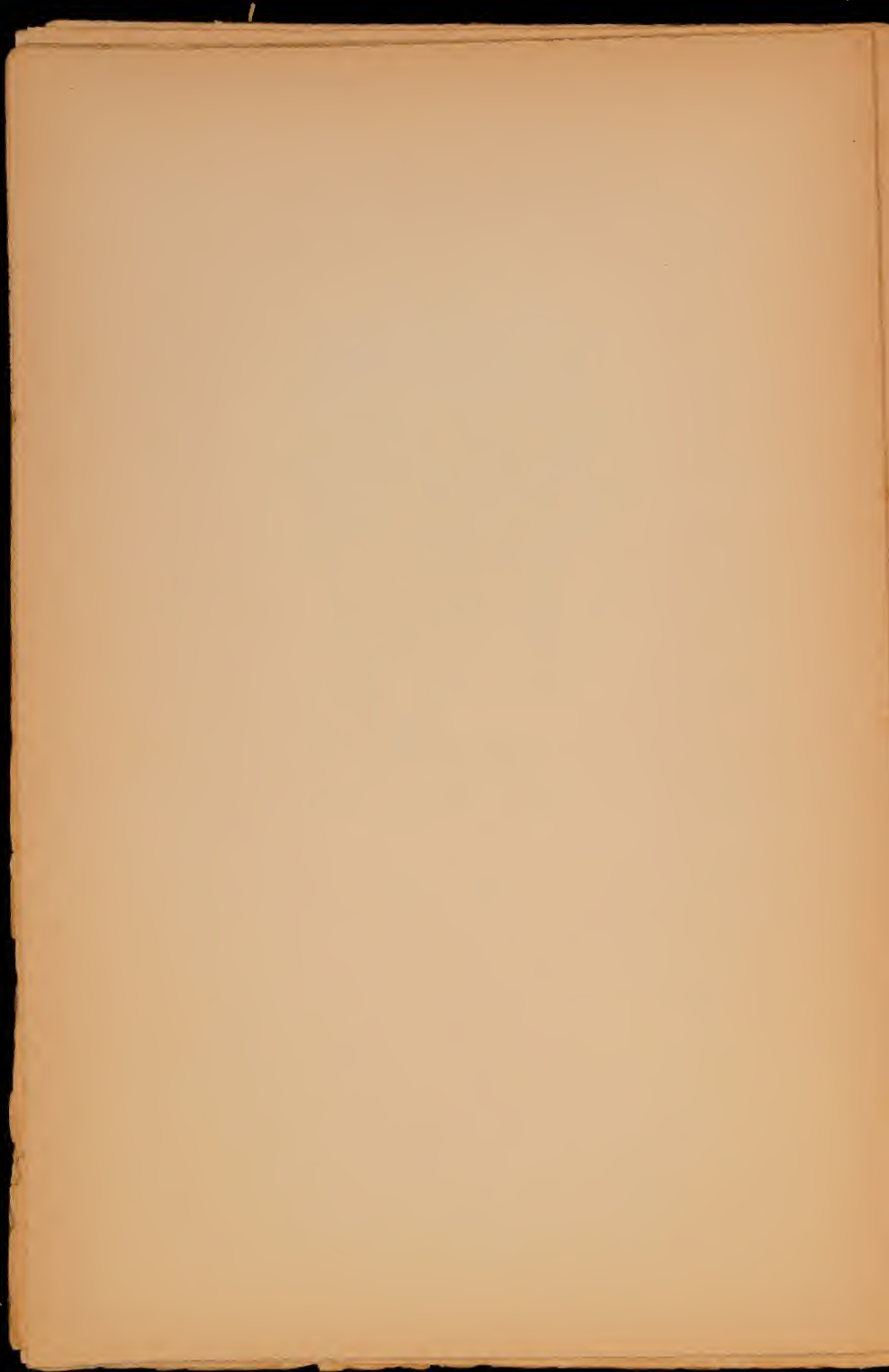
---

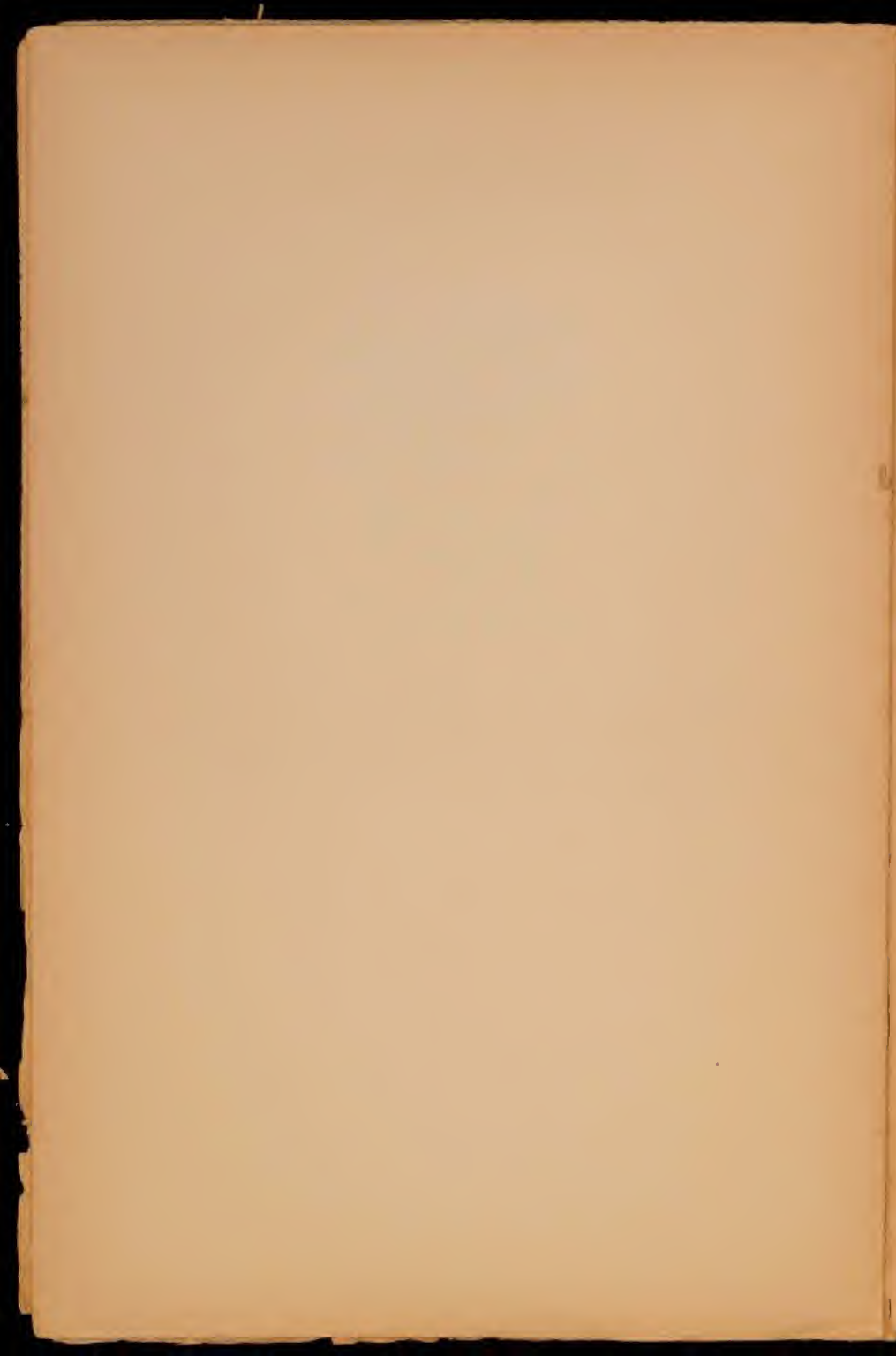
(32) Il diritto dello Stato alla osservanza del comando o del divieto penalmente sanzionato si risolve, come ben s'intende, nella pretesa all'azione o almeno l'omissione comandata o vietata sotto la sanzione penale; e poichè intanto una azione (o un'omissione) è penalmente comandata o è vietata, in quanto lede o minaccia un interesse (del singolo o della società o dello Stato) è chiaro che il diritto dello Stato all'osservanza del precetto penale non è che il diritto al rispetto dell'interesse medesimo che vien offeso o minacciato mediante l'azione delittuosa.

(33) Nel campo del diritto privato il GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, Bd. I, Leipzig, 1895, § 29, p. 264, dichiara possibili, da un punto di vista teorico, anche diritti con soggetto *indeterminato* perchè come si può concepire un *diritto verso chiunque* così nulla vieta di concepire un *obbligo verso chiunque*. Ma egli stesso riconosce che l'attuale diritto non ha tendenza alla consacrazione di tali specie di diritti e che esso cerca invece di ricollegare di solito l'auto-

ciò che è obiettivamente (cioè impersonalmente) tutelato *rispetto a un soggetto* (individuo), lo è subiettivamente (nella forma di un diritto soggettivo) *rispetto a un altro* (Stato).

---

rizzazione a una persona pubblica collettiva, sia essa lo Stato o un ente pubblico rappresentante la somma indeterminata di coloro a cui la norma giuridica giova. Lo stesso autore dichiara infatti esplicitamente poco prima: *Deutsches Privatrecht*, Bd. I, § 29, pp. 256-257: " Damit ein Recht da bei muss zunächst ein *Subjekt* gesetz werden von dem angesagt wird das ihm eine *Willensmacht* eigne. Die Annahme subjektloser Rechte ist ein Widerspruch in sich selbst „. E poichè, secondo lo stesso Gierke (op. cit., § 27, pp. 251-252), non vi è diritto obiettivo senza diritto subiettivo, così ogni norma giuridica si riferisce necessariamente a un soggetto come " Trager eines freien Willens „ (§ 29, p. 257).

PARTE II

TEORIA

CAPITOLO I.

Considerazioni generali.

58. Sguardo sintetico ai risultati delle indagini fatte. — Mancanza di un consenso unanime e completo della moderna dottrina intorno alle parti sostanziali di una qualunque delle esposte teorie. — 59. Richiamo dei difetti e degli errori di ciascuna di esse. — 60. Pregi e lati di verità che si contengono in ciascuna di esse. — 61. Piano della nostra teoria.

58. Esposte e valutate, da un punto di vista critico, le varie teorie elaborate dagli scrittori intorno all'oggetto dell'offesa delittuosa e della tutela giuridica penale, la prima necessità che si presenta è quella di volger lo sguardo al cammino percorso per riassumere, da un punto di vista sintetico, i risultati delle indagini fatte. Questi formeranno il punto di partenza delle indagini ulteriori e ci forniranno la base su la quale, traendo profitto da quanto nelle altrui concezioni vi è di vero e di buono, tenteremo di elevare una costruzione teorica atta a risolvere nel miglior modo il grave e complesso problema da noi preso a studiare.

Occorre anzi tutto prender le mosse da una constatazione di fatto. Nessuna delle esposte teoriche può dirsi che conservi tuttora, almeno in tutte le sue parti, la forza di una *communis opinio*. La teoria che vede in ogni reato la violazione di un diritto soggettivo di diversa specie, già dominante in Germania per opera di FEUERBACH e dei suoi seguaci, ebbe ben presto a cadere sotto i colpi della critica e può dirsi ora completamente abbandonata dagli autori tedeschi. Più fedeli vi si sono mantenuti gli autori francesi e italiani: su di essa sembrano anzi raccogliersi quasi unanimi i suffragi dei nostri scrittori, lieti di trovarsi d'accordo

su questo punto. Ma anche qui, come già d'altronde in Germania, l'accordo, ben riguardando, non è che apparente; alcuni concependo i reati come offese di diritti dati all' uomo dalla *natura*, altri come offese di diritti dati all' individuo dal *diritto positivo* dello Stato; alcuni, fra questi ultimi, ravvisando nel reato la lesione o la minaccia del *diritto subiettivo* in sè, altri dell'*obietto* del diritto stesso, battezzato sotto il nome di " *bene giuridico* ": alcuni identificando (su le traccie dello Jhering) la nozione del *diritto subiettivo* con quella dell'*interesse giuridicamente protetto* (così detto *interesse giuridico* o così detto *bene giuridico*), altri distinguendo, invece, nettamente l'uno dall'altro e concependo il diritto soggettivo, ora come una pura *potestà giuridica di volere*, ora come il *potere giuridico di volere per la soddisfazione di un determinato interesse*; alcuni intendendo il diritto soggettivo come una *facoltà* di un soggetto *di agire* (su di una cosa o su di una persona), altri come una facoltà di un soggetto (attivo), *di esigere* un'azione o omissione da parte di un altro soggetto (passivo), altri insieme come una *facultas agendi* e come una *pretesa* (o esigenza) *giuridica*; alcuni vedendo in ogni reato l'offesa o la minaccia di un diritto soggettivo e costringendo quasi in un letto di Procuste la natura di certi reati per potervi trovar l'offesa di un diritto soggettivo; altri vedendo quell' offesa soltanto in certi reati e in certi altri, no (p. es., contravvenzioni, delitti contro il buon costume, contro l'incolumità pubblica, contro l'ordine pubblico, contro la fede pubblica, ecc.); alcuni foggiando determinati reati come violazioni di determinati diritti, altri ravvisando, negli stessi reati, l'offesa di diritti totalmente diversi, e così via.

Nemmeno può dirsi che abbia raccolto un sostanziale e reale accordo di opinioni da parte degli autori italiani o stranieri la concezione del reato come violazione di un " *bene giuridico* ". Se comune è, invero, sopra tutto in Germania, ma anche in Italia (non così in Francia) l'affermazione che il reato è l'offesa di un bene giuridico; se diffusa e abituale è, anche da noi, l'espressione " *bene giuridico* " (*Rechtsgut*), quanto mai gravi e profonde, se pure di solito inavvertite, sono le discrepanze intorno alla nozione di questo bene giuridico, alcuni concependo il bene giuridico come un bene *del diritto* o *dell'ordine giuridico*, altri come un bene *della vita*, protetto dal diritto; alcuni identificando il *bene giuridico* col *diritto subiettivo*, altri strenuamente distinguendo, invece, l'uno dal-

l'altro; alcuni intendendo per *bene giuridico* l'*oggetto* di un *diritto soggettivo*, altri ammettendo l'esistenza di beni giuridici che non sono obietti di diritti e talora anzi negando agli *oggetti dei diritti* il carattere di beni “ *giuridici* „; alcuni equiparando dal punto di vista psicologico, o sociologico, o giuridico, il *bene* dell'esistenza, all'*interesse al bene* medesimo, altri recisamente distinguendo, da uno o da tutti quei punti di vista, il *bene* dall'*interesse*; alcuni ammettendo solo l'esistenza di beni e di interessi *individuali*, altri anche di beni e di interessi *sociali*; alcuni ritenendo la possibilità di soli beni *materiali* o *corporali* (cose), altri altresì di beni *immateriali* o *incorporali* (stati, servigi, rapporti); alcuni concependo i beni “ giuridici „ come oggetti di interessi esclusivamente sociali, altri come oggetti di interessi, non solo sociali, ma anche individuali; alcuni ritenendo cadere sotto la tutela giuridica l'interesse al bene e a ogni bene in generale, altri soltanto l'interesse ad una azione o omissione umana, concepita come bene; alcuni vedendo nei reati offese dirette di beni e offese indirette di interessi, altri offese dirette di interessi e offese indirette di beni; alcuni trovando in ogni reato la lesione o la minaccia (concreta o astratta, effettiva o possibile) di un bene o interesse giuridico; altri negando in certi reati (contravvenzioni) qualsiasi lesione o minaccia, anche astratta e generica, anche eventuale e futura, di beni o interessi giuridici. — Tanto meno è il caso di ricordare poi le altre teoriche di cui può dirsi, senza tema di errore, che sono rimaste, addirittura, isolate.

59. La mancanza di un unanime consenso di autori su di una unica concezione dell'oggetto della offesa delittuosa e della tutela giuridica penale non deve, d'altronde, far meraviglia. Nessuna delle suesposte teoriche — lo abbiamo visto — soddisfa, invero, completamente. Nessuna di esse può dirsi del tutto esatta e accettabile Nessuna di esse riesce a colpire tutti i lati della complessa e poliedrica verità delle cose. Non la teoria della violazione di diritti subiettivi di specie diversa, perchè non tutti i reati violano, di fatto, veri e proprî diritti soggettivi particolari, e quando pure i reati offendano determinate persone nei diritti ad esse appartenenti, in realtà questi non esistono già in forza delle norme del diritto penale, ma in virtù di altre norme del diritto, pubblico o privato. Non la teoria della violazione del diritto subiettivo pubblico dello Stato all'obbedienza, perchè non si concepisce un diritto all'obbe-

dienza, per l'obbedienza, e perchè, se i reati violassero tutti e soltanto uno stesso e invariabile diritto soggettivo, non si riescirebbe a capire come i singoli reati potessero differenziarsi l'uno dall'altro. Non la teoria della violazione del puro diritto obiettivo, perchè il diritto obiettivo non essendo scopo a sè stesso, non è ammissibile la violazione di norme giuridiche senza l'offesa di qualche cosa dalle norme stesse tutelata. Non la teoria della violazione dell'obbligo giuridico, perchè l'obbligo giuridico non essendo che il mezzo per la tutela di un interesse e di un bene della vita, non è possibile l'inosservanza di un obbligo giuridico, senza la violazione di un interesse e di un bene giuridico. Non la teoria della violazione del bene giuridico, perchè nessun valore ha l'affermare che il reato viola un bene giuridico, se non si riesce a stabilire che cosa questo bene giuridico è, che cosa ha di comune, che cosa di diverso dal diritto soggettivo, e perchè vi sono indubbiamente reati alla cui esistenza è necessaria l'offesa di un diritto soggettivo, vero e proprio. Non la teoria che distingue i reati a seconda che violino, oppur no, il diritto (obiettivo), a seconda che violino il diritto obiettivo e subiettivo o soltanto il diritto obiettivo, perchè tutti i reati indistintamente violano norme giuridiche penalmente sanzionate (diritto obiettivo), e perchè non v'è diritto obiettivo che non crei diritti subiettivi. Infine non la teoria che concepisce il reato come offese di interessi *tutelati* secondo i casi, *obiettivamente*, ovvero *nella forma di diritti subiettivi*, perchè non esistono interessi tutelati *senza riguardo a nessun soggetto* (obiettivamente), il momento subiettivo essendo indissolubile dal momento obiettivo del diritto.

60. Ma se nessuna delle esposte teoriche va esente da errori, non si può tuttavia disconoscere che in ognuna di esse si contenga un lato notevole di verità, verità che la critica, anticipando spesso i risultati della ricostruzione, si è sforzata già di mettere in luce. Così, se non ogni reato offende un particolare e determinato diritto soggettivo, non si può tuttavia negare che vi siano reati alla cui esistenza è indispensabile l'offesa di un vero e proprio diritto soggettivo appartenente alla persona offesa dal reato. Così ogni reato offende indubbiamente, come un interesse, così un diritto soggettivo dello Stato, che è il diritto alla azione o omissione giuridicamente comandata o vietata sotto la minaccia di una pena. Così pure è certo che il reato è violazione del diritto obiettivo.

perchè esso contravviene sempre a un comando o a un divieto legislativo penalmente sanzionato. Ugualmente è sicuro che ogni reato appare come l'inadempimento o l'inosservanza di un obbligo o dovere giuridico, perchè esso trasgredisce l'obbligo di fare o di non fare che lo Stato impone al cittadino mediante comandi o divieti penalmente sanzionati. Sicuro è infine che ogni reato lede o pone in pericolo un bene e un interesse della vita giuridicamente tutelato, per quanto sia qui da distinguere a seconda che l'interesse è giuridicamente protetto, senza, o mediante, la concessione a un determinato soggetto di un potere giuridico di volere per la soddisfazione dell'interesse medesimo (rispettivamente: interesse (o bene) giuridico ovvero diritto soggettivo).

61. Questi lati di verità che ognuna delle esposte dottrine indubbiamente contiene, deve mettere insieme e comporre, in una armonica unità, una teoria dell'oggetto della offesa delittuosa e della tutela giuridica penale, la quale voglia riescire veramente utile alla scienza e alla vita pratica del diritto. Con questo rilievo è dato pure il punto di partenza per le ricerche ulteriori che da noi si faranno e quasi il piano della nostra teoria.

Noi dobbiamo, anzi tutto, determinare il senso logico della parola " oggetto „ quando noi parliamo di oggetto *di una offesa* (offesa delittuosa, reato) *e di una tutela* (tutela giuridica penale cioè, tutela mediante precetti e sanzioni giuridiche penali (minaccie penali e pene)): e dobbiamo vedere che cosa è questo oggetto del reato e della tutela penale. Accertato che esso è un bene e un interesse a un bene della vita, occorre indagare che cosa psicologicamente e sociologicamente si intenda per " bene „, che cosa per " interesse „, e se l'uno si distingua dall'altro, e come. Bisogna poi studiare il bene e l'interesse, non più in sè, ma *in rapporto* al *reato* che lo offende, studiare cioè *il reato come azione dannosa* o *pericolosa*, come *lesione* e come *minaccia* di quel bene e di quell'interesse. Occorre inoltre indagare il *rapporto* fra il bene e l'interesse, che è oggetto della tutela giuridica penale, e questa tutela medesima, cioè studiare il *diritto penale come tutela di beni e di interessi*. La considerazione del reato *come violazione dei precetti* (comandi o divieti) *del diritto penale* ci mostrerà ancora il rapporto fra l'azione, che lede o minaccia i beni o gli interessi protetti dal diritto penale, e il precetto del diritto penale medesimo conside-

rato obiettivamente e subiettivamente, cioè nell'obbligo del cittadino e nel diritto soggettivo dello Stato da esso nascente. Si giungerà in tal modo ad acquistare la nozione dei *beni* e degli *interessi protetti dal diritto penale*, e offesi dai reati, cioè dei *beni* e degli *interessi giuridici*, dal punto di vista del diritto penale. — Infine occorre portare la nostra attenzione sopra i *particolari beni che formano gli speciali oggetti di offesa dei singoli reati*, non già presentando una trattazione della così detta *parte speciale* del diritto penale (ciò che eccederebbe, con manifesta inopportunità, i più ristretti confini della nostra ricerca), ma limitandoci a considerare *il sistema dei beni e interessi giuridici nel suo rapporto col sistema dei reati in ispecie*. Certo, e occorre appena notarlo, lo studio analitico dei singoli reati forma la base di questa considerazione *sistematica*, come forma anche la base, diciamo così, sperimentale, di tutta la teoria generale dell'oggetto del reato e della tutela giuridica penale (1). Tale studio analitico dei reati in ispecie forma, infatti, il materiale sul quale soltanto è possibile elevare quella costruzione teorica destinata per sua natura ad essere null'altro che la *sintesi* dei *risultati* propri di quello studio. Ma dopo aver naturalmente proceduto dall'analisi alla sintesi, dall'induzione alla deduzione, ben può la costruzione scientifica generale liberarsi dall'esposizione dei risultati dell'indagine analitica, al modo istesso con cui, chi è giunto alla vetta, getta la scala che servì a raggiungerla.

---

(1) Nello stesso senso: OPPENHEIM, *Die Objekte des Verbrechens*, Basel, 1894, Vierte Abteilung (*Die Objekte der einzelnen Verbrechen*), § 36 (Einleitung), pp. 255-256, specialm. p. 255: " Wie bei vielen anderen Lehren des allgemeinen Teils der Strafrechtwissenschaft, so zeigt sich auch hier die Nothwendigkeit vom besonderen Teil auszugehen, wenn sichere Resultate gewonnen werden sollen „ (v. anche § 13, p. 63).

CAPITOLO II.

L' " oggetto „ in senso logico. L' " oggetto „ della offesa delittuosa e della tutela giuridica penale.

62. Necessità di determinare il senso e il significato logico della parola « oggetto ». — 63. Il concetto logico di oggetto, secondo l'OPPENHEIM. — 64. Critica del WAGNER e nostra. Il significato della parola oggetto in unione a un genitivo. — 65. Valore delle espressioni « oggetto della offesa delittuosa » (reato) e « oggetto della tutela giuridica penale ». Necessità della determinazione dei concetti giuridici di *offesa* e di *tutela* per la determinazione del concetto dell'oggetto dell'uno e dell'altra. — 66. Il concetto giuridico di *offesa di diritto* in genere e di *offesa delittuosa* in ispecie: suoi presupposti. — 67. Il concetto di *tutela giuridica* in genere e di *tutela giuridica penale* in ispecie: suoi presupposti. — 68. Oggetto, *in senso generico* di offesa delittuosa e di tutela giuridica penale, non può essere che l'uomo. Ulteriore necessità di distinguere fra il soggetto passivo del reato (uomo o collettività di uomini) e l'oggetto del reato *in senso specifico*: da che essa sorga. L'oggetto del reato e della tutela penale *in generale*: il bene della vita e l'interesse umano al bene della vita.

62. Un'indagine, la quale si proponga di sapere in che consista l'oggetto (giuridico) del reato, ciò è a dire l'oggetto della offesa delittuosa e della tutela giuridica penale, ha da determinare, anzi tutto, quale sia il senso, il significato logico che si attribuisce alla parola " oggetto „, quando la si mette *in rapporto* col concetto di " offesa delittuosa „, da un lato, e di " tutela giuridica penale „ dall' altro. Ciò è tanto più necessario, in quanto che se vi sono espressioni e concetti di cui si sia nelle scienze in genere, e nella scienza del diritto in ispecie, usato ed abusato; se vi son parole il cui uso, e tanto più il cui abuso, sia gravido di confusioni scientificamente e praticamente pericolose, queste son, senza dubbio,

come notava già il Carmignani, i termini " oggetto „ e " soggetto „, " obiettività e subiettività „ (1).

Il concetto di " obietto „, in sè e per sè stesso, non è, lo si comprende, che un concetto *logico*, non già un concetto *giuridico*. Ma questo concetto *logico* può trasformarsi in un concetto *giuridico* e la sua determinazione può assumere una importanza, spesso notevolissima, nella scienza del diritto, ogniqualvolta il concetto logico di oggetto sia posto in riferimento ad un altro concetto, e questo di natura giuridica. Così si parla, ad esempio, di " *obietto di un diritto* „ o *di un rapporto giuridico*, senza che gli autori abbiano potuto trovare un accordo intorno al significato che deve attribuirsi a questa espressione, alcuni intendendo per obietto di un diritto l'oggetto della *facultas agendi* del soggetto attivo del diritto, altri l'oggetto, cioè il contenuto, della sua facoltà di *esigere* (*pretesa giuridica*), alcuni trovando gli oggetti dei diritti nei beni della vita in genere, senza determinare che cosa e quali questi beni siano e come e perchè si dicano *beni*, altri trovandoli esclusivamente nelle cose, altri nelle cose e nella persona altrui, altri nelle cose e nella persona propria ed altrui, altri nelle cose, nelle persone e nelle azioni o omissioni altrui, altri esclusivamente nelle azioni o omissioni umane (2). Il disaccordo dipende, noi crediamo, anzi tutto, se non del tutto, dalla mancata determinazione del senso logico della parola " oggetto „ quando si parla, appunto, di oggetto *di un diritto* (3) (oggetto in contrapposto a soggetto? e a qual soggetto? al soggetto attivo o al soggetto passivo del diritto e del rapporto giuridico? o in contrapposto al diritto? o in contrapposto a un elemento (*facultas agendi*, *Anspruch*) del diritto

(1) Carmignani, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Pisa, 1834, I. II.

(2) Cfr. in proposito sopra tutti: Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Bd. I, Leipzig, 1895, § 29, p. 260 e segg.; § 31, p. 269 e segg.; Kanger, *Zwangsrechte Ein Beitrag zur Sistematisirung der Rechte*, Berlin, 1882, p. 191 e segg.; e gli autori citati *retro* n' 4 e 26 in nota. Quando il Bekker, *System des heutigen Pandektenrechts*, Weimar-Bohlau, 1886, Bd. I, 50 e segg. parla di *objektlose Rechte* ciò non è che una conseguenza del concetto particolare che egli ha dell'oggetto del diritto; in realtà non si danno diritti senza oggetto.

(3) Vedi tuttavia per una determinazione del concetto logico di obietto, nella questione dell'obietto dei diritti: Roguin, *La règle de droit*, Lausanne, 1889, p. 49 e segg.

stesso?); e si comprende come questa determinazione logica, che è al tempo stesso la determinazione di un concetto giuridico, presenti un supremo interesse per la ricerca intorno alla struttura dei diritti in genere e dei singoli diritti in ispecie. Lo stesso avviene quando si parla di *obietto di un reato*, sia che si intenda per esso l'obietto della " azione „ che costituisce il reato (c. d. obietto materiale), sia che si intenda l'obietto della violazione o della offesa (lesione o minaccia) che costituisce il carattere giuridicamente illecito (o antigiuridico) del reato stesso (c. d. obietto giuridico). Lo stesso, quando si parla di *obietto della tutela giuridica penale*, cioè della tutela che apprestano i *precetti* giuridici e le *sanzioni* giuridiche penali (minaccie penali, pene).

63. L'unico scrittore che si sia preoccupato della necessità di determinare preliminarmente, ai fini della nostra ricerca, il concetto di " oggetto „, nel senso logico di questa parola, e a cui spetta il merito di avervi per il primo provveduto è, senza dubbio, l'OPPENHEIM, quantunque sia forse appunto agli errori in cui è caduto nella determinazione logica di questo concetto che egli va, in parte almeno, debitore delle complicazioni e delle superfluità teoriche da lui portate nella teoria dell'obietto del reato (1) e che

---

(1) Di queste complicazioni e superfluità teoriche è prova sufficiente l'elenco che l'OPPENHEIM fa (*Die Objekte des Verbrechens*, Basel, 1894, § 25, p. 155) dei vari obietti che, secondo lui, possono venire in considerazione in ogni reato. Questi possono essere, secondo l'OPPENHEIM: 1°) L'obietto della definizione; 2°) La norma offesa; 3°) Il diritto obiettivo; 4°) Il diritto di obbedienza dello Stato; 5°) L'obbligo di obbedienza di fronte allo Stato; 6°) L'ordine giuridico, considerato come *status*; 7°) Lo Stato come tutore dell'ordine giuridico; 8°) Ogni suddito come interessato all'ordine giuridico; 9°) Il subietto di diritto danneggiato, sia esso l'individuo o lo Stato o una corporazione; 10°) l'obietto di tutela; 10°) l'obietto dell'azione; 11°) l'obietto relativo allo spazio (il quale non viene in considerazione in tutti, ma in parecchi reati). L'OPPENHEIM si occupa poi particolarmente dell'*obietto di tutela* (*Schutzobjekt*), dell'*obietto della azione* (*Handlungsobjekt*), dell'*obietto della definizione* (*Definitionsobjekt*) e dell'*obietto relativo allo spazio* (*raumliche Objekt*). E così li definisce: *Obietto della definizione è quell'obietto che appare come oggetto della azione secondo la definizione espressa con le parole della legge* (§ 25, p. 148). *Obietto di tutela è quell'obietto (uno stato, sentimento, diritto o obbligo) il quale viene offeso mediante il singolo reato* (§ 28, p. 194); e da questo si distingue ancora (§ 26, pp. 156-175) l'*oggetto del reato* (*Verbrechensobjekt*) cioè *quell'obietto sul quale il*

gli sono state, non a torto, rimproverate (5). Il concetto di *oggetto* — dice l'Oppenheim — presuppone il concetto di *soggetto*: am-

---

reato deve essere commesso o che deve essere generato mediante il reato perchè si presenti l'offesa a un oggetto di tutela che caratterizza il reato (§ 28, p. 194; v. anche § 30, p. 213 e segg.). Quanto all'*obietto dell'azione* l'Oppenheim non lo definisce, ma lo descrive: egli dice che con gli obietti di tutela un soggetto può, mediante azioni, venire in rapporto e così soltanto li può offendere, in quanto l'azione cada su altri oggetti che servono in certo modo come oggetti di passaggio per giungere a quei primi: e chiama questi oggetti, per distinguerli dagli altri oggetti del reato, *obietti dell'azione* (§ 25, pp. 153-174). *Obietto relativo allo spazio* (*raumliche Objekt*: l'espressione è intraducibile) e quell' obietto *col quale l'azione sta in una relazione di spazio* (p. 118): quest'*obietto di spazio dell'azione* può diventare *obietto di spazio del reato* in quanto coincida con l'obietto del reato (*Verbrechensobjekt*) (§ 34, p. 237 e segg.). A tutti questi concetti dei varî obietti del reato l'Oppenheim arriva, dopo aver stabilito da un punto di vista generale il concetto, di " oggetto di una azione „ (*Handlungsobjekt*) *in senso logico*, il quale oggetto dell'azione considerato *dal punto di vista del soggetto*, cioè dell'autore, è *quell'oggetto col quale il soggetto si pone mediante l'azione in un autonomo rapporto di mezzo a fine* (p. 141). Che cosa guadagni la teoria dell'oggetto del reato da tutta questa mastodontica elaborazione scientifica, vedrà il lettore da sè. Per una critica sottile e sagace, di questi vari concetti, si legga il Wagner, *Beitrag zur Lehre von den Objekten des Verbrechens insbesondere zur Lehre von den Objekten der Vermögensdelikte*, Darmstadt, 1897, §§ 1-12, pp. 11-34, il quale, dopo averli partitamente esaminati e valutati, giunge alla conclusione dell'impossibilità di costruire un'unica teoria di tutti i possibili oggetti dei reati, § 12, pp. 32-34; v. specialmente p. 34: " Aus diesen Gründen halten wir die Aufstellung eines Begriffes " Verbrechensobjekt „ für verfehlt „; v. anche p. 35: " ..... wir gezeigt haben... dass es keinen allgemeinen Begriff des Verbrechensobjektes geben kann, das also die Frage was Objekt des Verbrechens sei, nicht allgemeinen beantwortet werden kann „). Conclusione che può essere accettata soltanto nel senso dell'impossibilità di abbracciare sotto un'unica concezione teorica l'*obietto del reato come azione* (obietto materiale) e l'*obietto del reato come offesa di diritto* (obietto giuridico) — (altri obietti del reato non sappiamo vedere (cfr. *retro Introduzione*, n° 3) — non già nel senso dell'impossibilità di una costruzione teorica del concetto di *oggetto dell'offesa delittuosa* (oggetto del reato, in senso proprio) e della tutela giuridica penale.

(5) Cfr., oltre il Wagner, già citato nella nota precedente: Binding, *Grundriss des deutschen Strafrechts*. Allgemeiner Teil, Leipzig, 1902, § 44, pp. 102-103, specialmente p. 102: dove, a proposito del libro dell'Oppenheim, dice (nota 1): " Diese in vielem sehr verdienstlich Schrift komplizirt die Lehre vom Verbrechesobjekt mehr als gut und erforderlich ist. Wenn (s. 155) für jedes Verbrechen 12 Objekte anführt, so braucht mir das viel zu viel, oder wenn ich auf die Zählungsweise des Verf. eintrete, viel zu wenig „ (cfr. anche *retro*

bedue si condizionano reciprocamente. Essi nascono nella coscienza umana mediante la distinzione, istintivamente fatta, fra i singoli oggetti da noi percepiti nel mondo esteriore che ci circonda e la persona nostra, che li percepisce. Ogni uomo pone, prima incoscientemente, e poi coscientemente, il suo *io* in antitesi con le realtà del mondo esteriore. Ciò vien dimostrato anche dall'uso della lingua quando — a parte ogni più largo significato che il concetto viene poi ad assumere — noi chiamiamo *oggetti* (*Objekte, Gegenstände*) le realtà del mondo esteriore. L'obietto — da *objicere* = *sottomettere, sottoporre* — è sempre pensato come ciò che, al *soggetto* — da *subjicere* — è sottoposto (6). E, in base a questa premessa, l'OPPENHEIM osserva che, mentre in senso stretto e storicamente vien considerato come oggetto soltanto la realtà, corporalmente tangibile, del mondo esteriore, di fronte alla coscienza umana evoluta appare come *oggetto*, in senso logico, ogni e qualunque cosa che essa può sottoporre alla sua considerazione (7). L'OPPENHEIM definisce perciò l'*oggetto in senso logico* appunto come *tutto ciò che la coscienza umana sottopone o può sottoporre ad una considerazione* (8).

64. Il concetto logico, che della parola " oggetto „ ci dà l'OPPENHEIM, è certamente giusto, ma esso non è l'unico concetto che

---

nº 27 in nota, le critiche all'OPPENHEIM del BINDING e del MERKEL). Si vedano anche le recensioni all'OPPENHEIM di KLEINFELLER, nel GOLTDAMMER's " Archiv für Strafrecht „, XLIII Jahrg., 2 Heft, p. 168; di STENGLEIN, nel " Gerichtssaal „, Bd. L, 1894. nº 15, p. 237 e segg., di HIPPEL, nella " Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft „, Bd. XVI, 1896, p. 607 e segg., 609 e segg.; di OETKER, in " Jurist. Litteraturblatt „, nº 61, v. 15 Jan. 1895, p. 12 segg.; di FINGER in " Kritische Vierteljahreschrift „, Bd. XXXVII, 1895, Heft I, p. 120. E recentissimamente non a torto notava il VON BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, Bd. I, *Das Strafgesetz*. Berlin, 1906, p. 26, nota 5: " L'OPPENHEIM ha, nel citato lavoro, ricercato che cosa sia l'obietto del singolo reato. Ma si noti che *obietto* e *bene giuridico* non sono da distinguere l'uno dall'altro. Se l'oggetto, nel senso di OPPENHEIM, vien inteso diversamente, secondo il caso, si modifica il senso della singola disposizione di legge penale. È questa una forma di dimostrazione dialettica, nella quale si dà già per provato ciò che, in realtà, si deve provare. Il valore della ricerca nel singolo caso è indipendente dalla etichetta " Oggetto „.

(6) OPPENHEIM, *Die Objekte des Verbrechens*, Basel, 1894, § 14, p. 64.

(7) OPPENHEIM, *Die Objekte des Verbrechens*, § 14, pp. 65-78, specialmente p. 77, *sub* III.

(8) OPPENHEIM, *Die Objekte des Verbrechens*, § 14, p. 77; § 24, p. 141, *sub* I.

questa parola racchiude, non abbraccia cioè tutti i sensi in cui questa parola può usarsi, e si usa in realtà, nel linguaggio usuale della vita, come nella terminologia tecnica delle scienze. " Questo concetto si ha — nota giustamente il WAGNER (9) — allorquando si parla di " oggetti ", senz'altra aggiunta. Si usa in questo senso l'espressione " oggetto " come sinonimo della parola " realtà ". Inoltre si usa dare ad essa anche un significato più ristretto e si intende per oggetto soltanto " *le realtà del mondo esteriore* ". Ma questi concetti non son quelli ai quali si pensa quando si parla di *oggetto dell'azione*, di *oggetto del reato* e, in generale, non son quelli a cui si pensa quando l'espressione " oggetto " si usa unitamente *ad un genitivo*. Con questo riferimento non ci si propone di indicare il carattere di *realtà* di un obietto e, di conseguenza, non si pensa ad esso come a qualche cosa di sottoposto a un *soggetto*, cioè a una *persona*. Ciò che in tal modo si vuol distinguere (purchè non si parli naturalmente di obietto della coscienza o dell'io stesso) non è un *soggetto*, e una *realtà* ad esso contrapposta, ma son due realtà, delle quali l'una è sottoposta all'altra. La verità di questa osservazione si fa manifesta quando si pensi a qualcuna di queste unioni verbali mediante genitivi, per esempio, alle espressioni *oggetto del concetto, oggetto del diritto, oggetto della scienza, oggetto dell'arte*. Da questa associazione di parole balza fuori il concetto che fra la *realtà*, la quale è chiamata " *oggetto* ", e la realtà, *di cui* essa vien chiamata oggetto, esista una qualche relazione. Il *soggetto*, al quale l'oggetto in questione sia sottoposto, rimane perciò fuori considerazione.

L'OPPENHEIM sembra aver preveduto questa obiezione. Egli osserva, infatti, che noi distinguiamo, da un lato, le attività scientifiche, artistiche, professionali, ecc., e, dall'altro, gli oggetti di queste attività, e prosegue: " A questa distinzione noi arriviamo nell'atto stesso in cui, più o meno incoscientemente, noi subiettiviamo quelle attività, in sè e per sè cadenti altrimenti sotto il concetto di oggetto, e ad esse, come soggetti, contrapponiamo, come oggetti, quei fenomeni sui quali quelle attività operano " (10).

(9) WAGNER, *Beitrag zur Lehre von den Objekten des Verbrechens*, Darmstadt, 1897, § 2, p. 13.

(10) OPPENHEIM, *Die Objekte des Verbrechens*, § 15, p. 79, *sub* I.

Con altre parole: quelle attività sono trattate come i veri e proprî soggetti che agiscono. L'artificiosità di questa concezione è evidente. Se nel concetto di " obietto ", quale viene espresso in quell'insieme di parole, fosse già l'idea di una relazione con la coscienza umana, sarebbero completamente superflui, perchè tautologici, nelle usatissime espressioni " obietto della coscienza, dell'io ", i genitivi: " della coscienza ", " dell'io " (11). Il WAGNER definisce perciò esattamente il significato fondamentale della parola " oggetto ". " Oggetto — egli dice — *deriva da objicere = sottostare, sottoporre, e significa ciò che sta sotto, ciò che è sottoposto.* La questione: *a chi* l'oggetto in discorso è sottoposto dimora completamente estranea al significato fondamentale di questa parola " (12).

65. Determinato, in tal modo, col WAGNER, il concetto logico della parola " oggetto ", quando noi parliamo, non puramente e semplicemente di oggetto, ma di *oggetto di* qualche cosa, resta perciò stesso determinato il valore della espressione " *oggetto* " " *della* " offesa delittuosa (del reato) e *oggetto* " *della* " tutela giuridica penale. In esse noi contrapponiamo " l'offesa " delittuosa, ovvero la " tutela " giuridica penale, concepite come realtà, ad una altra realtà che ci appare come ad essa sottoposta, nel senso che cade sotto di esse. E quando noi ci domandiamo che cosa sia l' " oggetto " della offesa delittuosa, che cosa sia l' " oggetto " della tutela giuridica penale, noi vogliamo sapere semplicemente questo: che cosa sia questa " realtà " che ci appare come sottoposta alla offesa delittuosa e alla tutela giuridica penale e naturalmente, anche, in che cosa consista questo rapporto fra l'una e le altre. La risposta a queste domande deve esser data dal complesso delle indagini che seguiranno. Ma se noi vogliamo fin d'ora procedere ad una prima elementare determinazione del concetto di questo *objectum*, se noi vogliamo anche semplicemente affermare che esso è un *quid*, salvo a vedere in sèguito che sia questo *quid*, noi non dobbiamo evidentemente tenerci paghi di aver indagato il significato della parola " oggetto ", ma dobbiamo naturalmente ana-

(11) WAGNER, *Beitrag zur Lehre von den Objekten des Verbrechens*, § 2, pp. 13-14.
(12) WAGNER, *Beitrag zur Lehre von den Objekten des Verbrechens*, § 2, p. 14.

lizzare anche il significato delle espressioni " offesa „ delittuosa e " tutela „ giuridica penale, le quali stanno a rappresentare l'altra realtà, a cui è sottoposta, come suo oggetto, la realtà, di cui ricerchiamo la nozione.

66. L'espressione " offesa delittuosa „ (o criminosa o incriminabile o punibile) evidentemente è presa qui come sinonimo della parola " reato „. Ma essa vuol indicare che si ha riguardo meno al reato come " fatto „ che al reato come fatto *giuridicamente illecito* o *antigiuridico* o *contrario al diritto* (torto giuridico): meno al reato come " azione „ (*estrinsecazione di volontà* produttiva di un *risultato*, cioè di una modificazione del mondo esteriore) che al reato come *offesa* (o *violazione* o *lesione* o *infrazione* o *trasgressione*) *del diritto*. Ugualmente l'espressione: " tutela giuridica penale „ significa tutela (meno esattamente: protezione o difesa) (13) mediante *norme giuridiche* (precetti e sanzioni) *penali* e mediante *conseguenze giuridiche penali* (pene). Offesa e tutela sono dunque espressioni tecnicamente giuridiche, proprie cioè della scienza del diritto: e non soltanto della scienza del diritto penale, ma della scienza del diritto in genere, giacchè non è diverso il senso che a queste parole si attribuisce quando si parla di offesa (torto giuridico, fatto illecito) di diritto privato o di diritto pubblico, che non abbia il carattere di reato, quando si parla di tutela (mediante precetti, sanzioni e conseguenze giuridiche) di diritto privato o di diritto pubblico, che non abbia carattere di tutela penale. Ma che significa " offesa „, che significa " tutela „ nel campo del diritto? Si può dire, senza tema di errare, che nel campo della scienza giuridica, come nel campo delle scienze sociali in genere, le espressioni " offesa „ e " tutela „ si riferiscono sempre ad *azioni umane*, a manifestazioni e quindi a determinazioni di *volontà* umane: e non alle azioni umane considerate in sè, ma alle azioni umane considerate esclusivamente nei rapporti esteriori degli uomini fra di loro (rapporti di convivenza e di cooperazione sociale). Così l'offesa, in senso giuridico, presuppone, necessariamente un *soggetto*,

---

(13) Il significato della voce " tutela „ nel campo del diritto penale è stato bene precisato dal CARRARA, *Programma*, Parte generale, vol. I, Lucca, 1871, § 695, nota.

cioè una *persona umana, che offende*. Non le cose, che non son forza nè moto, ci offendono, ma gli avvenimenti: e non gli avvenimenti prodotti dalle forze naturali e dalle fiere, ma gli avvenimenti prodotti dalle *azioni*, cioè, dalle *volontà* umane; e non le *azioni* in sè, ma le *persone* umane, gli uomini, *mediante* le azioni (14). Un danno non è che una disgrazia (tecnicamente: un caso fortuito o di forza maggiore) se si fa astrazione dalla persona che ve lo reca: se la procella distrugge il raccolto, se il fulmine brucia, o il vento abbatte, la casa: se l'acqua inonda la città o la campagna; se la bestia morde o ferisce; diremo noi che la procella, che il fulmine, che il vento, che l'acqua, che la bestia ci ha offesi? E pure son sempre le cose nostre e la nostra persona danneggiati dalle forze della natura e dai bruti. E pure si ha un diritto a non essere danneggiati nelle cose proprie e nella propria persona (15). Ugualmente l'offesa, in senso giuridico, presuppone sempre un *soggetto*, cioè una *persona umana, che viene offesa* (16). Non le cose giuridicamente ci offendono (17), non gli animali

(14) Perciò appunto non il *reato* come *azione*, e neppure il reato come *offesa* e *minacciato di pena* ed è *punito*, ma *l'autore di essa, il reo*, a causa della azione e della offesa che con essa egli arreca. Cfr. Stooss, *Das Objekt der Strafe*, nella " Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft „, Bd. XI, 1891, p. 702; Meyer (H.), *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. 5ª Auflage 1895, § 4, p. 27; e fra noi, meglio di ogni altro: Lucchini, *Le droit pénal et les nouvelles théories*, Paris, 1892, chapitre II, pp. 89-90 e nota 11, p. 399. Cfr. anche il mio scritto *Sul concetto del diritto subiettivo di punire*, Prato, 1904, specialmente pp. 12, 13 e segg., dove la *persona del reo* è concepita come " oggetto „ del *diritto subiettivo di punire* e questo come un *diritto su l'altrui persona* (reo).

(15) Cfr. nello stesso senso: Ortolan, *Éléments de droit pénal*, 3ª ed., t. I, Paris, 1863, nº 219, p. 98, dove è messa chiaramente in rilievo l'importanza giuridica della considerazione della persona come agente o soggetto attivo del reato.

(16) " *Neminem laede*, dice scultoriamente il Kessler, *Rechtsgut oder rechtlich geschützes Interesse oder subjektives Recht* nel " Gerichtssaal „, Bd. XXXIX, 1887, p. 24 e segg., ist die Quintessenz allen Rechts „.

(17) Già Pellegrino Rossi, *Traité de droit pénal*, Bruxelles, 1845, chap. VIII, p. 187, precisamente osservava: " Le mal matériel (du délit) frappe toujours *les personnes*. Lorsqu'il s'applique *aux choses*, il n'est envisagé comme mal punissable qu'autant que ces choses sont les biens appréciables de quelqu'un „. Per contro il Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 10ª ed., Berlin, 1900, § 32, nota 2 (non più riprodotta nella 16ª e 17ª ed., Berlin, 1908), dopo avere

bruti (18), ma gli uomini: le cose possono essere distrutte o disperse o deteriorate: gli animali uccisi, o feriti, o maltrattati, ma non per questo diremo noi che la cosa, che l'animale è stato giuridicamente offeso dall'azione dell'uomo. Certo può l'uomo aver *interessi* alle cose e agli animali e può quindi su di essi aver anche *diritti* (*diritti reali*): ma non mai la cosa o l'animale in sè è oggetto della offesa, bensì sempre l'uomo: l'uomo offeso nel suo *interesse* alla cosa o all'animale, nel suo *diritto* su la cosa o su l'animale: meglio ancora: nell'interesse e nel diritto, che egli ha, di esser dagli altri rispettato nei suoi rapporti con la cosa e con l'animale. E neppure può essere oggetto di offesa la divinità, come essenza sopraordinata agli uomini: quando si dice che l'azione di un uomo offende Dio si usa una figura rettorica, un traslato, in cui Dio è pensato come soggetto, come persona, e gli si attribuiscono i predicati che son propri della natura dell'uomo. Certo, vi sono offese alla religione, ma pur in esse, non la divinità è offesa, ma l'uomo: l'uomo nel suo sentimento, cioè nella sua fede, o nella sua libertà, religiosa (19). Ma appunto, perchè, per esservi offesa, vi deve essere necessariamente un soggetto che offende, e un altro che viene offeso, è naturalmente escluso che l'un soggetto possa identificarsi con l'altro, che si possa essere cioè giuridicamente al tempo stesso offensori ed offesi. " L'affermare che una azione è un'offesa del diritto (*rechtswidrig*), dice bellamente l'HOLD VON FERNECK in un passo già ricordato, ma che giova riferir per intero, non importa

---

esattamente affermato che " l'offesa del diritto è soltanto una forma „ aggiunge, in parte con ragione e in parte a torto: " Offesi o posti in pericolo sono in realtà soltanto gli uomini *o le cose*... „ (?).

(18) Tutti gli scrittori sono d'accordo nell'affermazione di questo principio. Cfr. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, t. I, Paris, 1863, n. 551, p. 215; TISSOT, *Le droit pénal étudié dans ses principes dans les usages et les lois des différents peuples du nord*, 2ª ed., Paris, 1880, t. I, pp. 21 e 32; HAUS, *Principes généraux de droit pénal belge*, Gand-Paris, 1869, n° 232, p. 161; GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, 2ª ed., t. I, Paris, 1898, n° 224, p. 424; *Précis de droit criminel*, 7ª ed., Paris 1901, n° 46, p. 60; VIDAL, *Cours de droit pénal et de science pénitentiaire*, 2ª ed., Paris, 1902, n° 67, p. 80; sopra tutti: ARNOLD, *Der neuere Standpunkt der Gesetzgebung in Betreff der Misshandlung von Thieren*, nell' "Archiv des Kriminalrechts „, 1851, p. 102 e segg.

(19) Cfr. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, Paris, 1863, n° 553, p. 216; GARRAUD, *Traité de droit pénal français*, t. I, Paris, 1898, n° 225, p. 425.

un predicato dell'azione come tale, e neppure dell'azione esclusivamente nel suo rapporto con l'agente o esclusivamente nel suo rapporto col paziente. Nell'affermazione: una azione è contraria al diritto, è contemplata una relazione fra almeno due uomini la quale porta l'azione in un rapporto coi due uomini. Nè pensata isolatamente dai due uomini che sono in relazione fra loro, nè considerata dal punto di vista di uno dei due, può una azione essere contraria al diritto. " In sè „ antigiuridico, in tal senso, sarebbe una *contradictio in adiecto*. E come l'uomo non può essere di fronte a sè stesso giuridicamente autorizzato o obbligato, così non può egli di fronte a sè stesso agire antigiuridicamente. Poichè sempre e soltanto il membro della società viene in relazione giuridica, con la separazione dei due termini cadrebbe il momento stesso della relazione „ (20).

67. Ciò che si dice del significato giuridico della parola " offesa „ vale anche per il significato giuridico della voce " tutela „. Ogni tutela, in senso giuridico, è una *azione*, cioè una manifestazione di volontà umana che produce il risultato di proteggere o di difendere, e presuppone un soggetto umano (un uomo o più uomini) che ponga in essere questa tutela. Anzi, a dir proprio, non son le azioni che ci tutelano, ma gli uomini *per mezzo* delle azioni. Solo fuori del campo dei rapporti sociali e giuridici, noi diciamo che le cose, gli animali, le forze della natura *ci tutelano*: più spesso: ci proteggono o ci difendono (ad esempio, quando diciamo che il parafulmine ci tutela contro il fulmine, l'ombrello, contro la pioggia, gli occhiali, contro la luce, la cassaforte, contro il fuoco o i ladri, ecc.). — Ogni tutela, in senso giuridico, suppone, inoltre, un *soggetto umano* (uomo o più uomini) *che vien tutelato*. Non le esistenze metempiriche e superumane (Dio, gli angeli, i santi); non le cose, non gli esseri senzienti subumani, sono tutelati, ma gli uomini (21); gli uomini nei loro interessi alle divinità,

---

(20) Hold von Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, Bd. I, Jena, 1903, § 1, p. 18-19. E aggiunge (*ibidem*, p. 19): " Logisch ausgedrückt stellt sich das Urtheil: jemand... handle rechtswidrig nicht als Qualitäts sondern als Relationsurtheil dar „.

(21) Cfr. Hold von Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, Bd. I, § 1. pp. 19-20.

alle cose, agli animali. In senso tecnico e giuridico parlare delle cose o degli animali come oggetti di tutela da parte del diritto (come quando, nel reato di furto, si dice, ad esempio, che il diritto protegge la cosa, oggetto del furto o, nel reato di maltrattamento di animali, l'animale oggetto del mal trattamento) è un parlare improprio e inesatto. — Infine, ogni tutela, in senso giuridico, suppone un soggetto, una persona umana, contro la quale un'altra è da una terza (o anche da sè medesima) tutelata. Ogni tutela giuridica non è, infatti, che l'impedimento (mediante coazione psico-sociale) di un risultato di una azione o omissione umana dannoso o pericoloso ad una persona; epperò, suppone necessariamente un soggetto, la cui *determinazione e manifestazione di volontà* produca quel risultato; non il risultato e neppure l'azione o omissione in sè offende la persona, ma l'autore di essa, l'uomo, *per mezzo* dell'azione. Non si tutela giuridicamente l'uomo contro le forze della natura, o gli animali bruti, e tanto meno contro le cose, ma solo contro i danni o i pericoli che può ad esso recare l'azione o l'omissione di un altro uomo: anche quando il diritto sembra proteggere l'uomo contro danni o pericoli recati da avvenimenti naturali o da cose o da animali (es.: cod. civ., art. 1153, 1154, 1155), sempre in realtà la tutela giuridica è tutela contro una azione o omissione, contro una manifestazione di volontà umana.

Di questi tre soggetti umani che ogni tutela, in senso giuridico, suppone, il soggetto tutelante e il tutelato sono di regola fra di loro distinti (lo Stato, che tutela, l'individuo o gli individui che son tutelati), ma possono eccezionalmente anche l'un con l'altro coincidere (nelle forme di auto-tutela o di auto-protezione o di auto-difesa: p. es., difesa legittima: art. 49, n. 2, c. p.). E se non sempre il soggetto che tutela, sempre il soggetto tutelato è distinto dal soggetto contro cui la tutela è concessa, nessuno potendo esser giuridicamente tutelato contro sè stesso (tranne nel caso che l'auto-offesa sia al tempo stesso una offesa altrui). Anche il concetto di tutela, come quello di offesa, implica pertanto un rapporto fra due persone almeno.

68. Queste osservazioni ci danno modo di affermare una verità che può sembrare un postulato, tanto essa è semplice ed evidente, ma che non cessa di essere, anche oggi, disconosciuta più spesso assai di quel che non si creda, cioè che *oggetto*, in largo e

generico senso, di una *offesa di diritto* in generale, e di una *offesa delittuosa* in particolare, *oggetto* di una *tutela giuridica* in genere, e di una *tutela giuridica penale* in ispecie, non può essere che la *persona umana, che l'uomo* (22) (individuo o pluralità di individui). *Oggetto del reato* e *soggetto passivo* (paziente, vittima) del reato stesso da un primo e generico punto di vista, non sono pertanto concetti distinti, appunto perchè " oggetto „ della offesa delittuosa in senso largo e generalissimo, non può essere che un " soggetto „. La necessità di distinguere fra soggetto passivo e oggetto del reato sorge per la necessità di *determinare specificamente e dettagliatamente* le *specie*, le *guise*, le *modalità* delle offese (delittuose) che possono recarsi alla persona umana: necessità *di dettaglio* che si impone al legislatore penale per determinare esattamente ciò che il cittadino può giuridicamente fare (*libertà giuridica*, in materia penale) e ciò che invece non può e non deve giuridicamente fare (*obbedienza*, e quindi, *disobbedienza* giuridica penale, reato) senza incorrere in sanzioni penali (23); e si impone conseguentemente al giurista che indaghi i principi del diritto penale positivamente costituito per la pratica interpretazione ed applicazione di esso ai casi particolari. La risposta alla domanda: " *come* „ si può offendere, delittuosamente, la persona umana, dà anche la risposta alla domanda: " *in che* „ si può offendere, delittuosamente, *la* persona umana, o, che è lo stesso, " *che cosa* „ si può offendere, delittuosamente, *nella* persona umana. Ci fornisce, cioè, il concetto specifico dell' " oggetto „ della offesa delittuosa (oggetto del reato), non diremo in contrapposto, ma accanto al concetto del soggetto passivo dell'offesa medesima (soggetto passivo del reato) e ci fornisce quindi anche il concetto dell' " oggetto „ della tutela giuridica penale; ciò che è tutelato contro l'offesa delittuosa, essendo, manifestamente, quello

---

(22) Nello stesso senso KESSLER, *Rechtsgut oder rechtlich geschätzes Interesse oder subiektives Recht* nel " Gerichtssaal „, Bd. XXXIX, 1887, p. 94 e segg., " Il comune *oggetto di tutti i reati* è, dice egli, l'umana sensibilità „. E più esplicitamente ancora: " In realtà *obietto* di ogni tutela penale è l'uomo come essere senziente „.

(23) Anche il KESSLER, op. cit., l. c., osserva che " la regola generale *neminem lede* non può contentare il legislatore „. " Questi deve, se vuol fare leggi praticamente utili, scendere più o meno ai dettagli e aver in vista i beni e gli interessi „.

stesso che forma oggetto della offesa medesima, una volta avvenuta. Certo, come sono infiniti, anche soltanto dal punto di vista del diritto penale, *i modi* con cui l'uomo può essere offeso (basti, per convincersene, la considerazione dei singoli reati enumerati nella parte speciale dei nostri codici penali), così infiniti sono gli oggetti in cui l'uomo può essere delittuosamente offeso e penalmente tutelato. Ma poichè, al di sopra di tutte le particolari *specie di offesa* delittuosa, si ha tuttavia un concetto unico e generale di " offesa „ delittuosa, così al di sopra di tutti i particolari " oggetti „ delle offese delittuose, deve pur stare e sta un unico e generale concetto dell' " oggetto „ della offesa delittuosa. Questo concetto generale dell' " oggetto „ della offesa delittuosa, e quindi della tutela giuridica penale, deve naturalmente desumersi dal concetto generale della " offesa „ delittuosa. Ora l'offesa delittuosa non può essere che una *lesione* (offesa, in senso stretto) o una *minaccia*. *Lesione* o *minaccia* non può essere che " *danno* „ (danno effettivo, danno reale) o " *pericolo di danno* „ (danno possibile, danno potenziale). Danno (effettivo o possibile, reale o potenziale) nel senso comune o volgare e nell'accezione più larga della parola, altro non è se non quello che può recar " *dolore* „ ad una persona, se non il *male di una persona* (prodotto da un avvenimento di qualsiasi natura). Ma il " *dolore* „ non è che l'antitesi, il contrapposto del " piacere „. Il " male „ non è che l'antitesi, il contrapposto del " bene „. Ogni offesa delittuosa è dunque offesa di un *bene* della persona umana, offesa di un bene dell'esistenza umana, e quindi ogni tutela giuridica penale è tutela di un bene dell'esistenza umana. " Oggetto „ della offesa delittuosa e della tutela giuridica penale è dunque sempre, più particolarmente, *un bene della esistenza umana* (individuale o sociale). Ma il bene dell'esistenza umana (lo vedremo meglio in sèguito) non può non esser l'*oggetto* di un " interesse „ umano. Si può dunque indifferentemente dire che l'offesa delittuosa è offesa, che la tutela giuridica penale è tutela, di un *bene*, *ovvero* di un *interesse* a un bene della vita umana; che *oggetto* della offesa delittuosa è un *bene*, *ovvero* un *interesse* a un bene della vita umana, individuale o sociale. Ma che cosa precisamente è un " bene „? Che cosa un " interesse „? È quello che ci dirà la susseguente ricerca.

CAPITOLO III.

Il " bene " e l' " interesse " umano al " bene " della esistenza.

69. Importanza dei concetti di bene e di interesse nella scienza del diritto in genere e nella scienza del diritto penale in particolare. Distinzione fra il concetto psicologico o sociologico e il concetto giuridico del bene e dell'interesse. — 70. Il concetto dell'interesse secondo lo Ihering e sua critica (in nota: il concetto di interesse e di bene nella dottrina anteriore allo Ihering). — 71. Definizione dell'interesse secondo il Gareis e sua critica. — 72. Definizioni del bene e dell'interesse secondo il von Liszt e loro critica. — 73. Definizione del bene del Binding e sua critica. — 74. Definizione del bene e dell'interesse secondo il Kessler: Critica. — 75. Interesse e bene secondo il Finger. Sua critica. — 76. Opinione del Bunzel sui concetti del bene e dell'interesse e su la loro distinzione. Critica. — 77. Opinione dello Jellinek e sua critica. — 78. Opinione del Vanni e sua critica. — 79. Opinione dell'Oppenheim e sua critica. — 80. Opinione del Wagner e sua critica. — 81. Nostra opinione. Il concetto del *bisogno*. — 82. Il concetto del *bene*. — 83. Il concetto dell'*utilità*. — 84. Il concetto dell'*interesse*. — 85. Differenza fra interesse, bene, utilità. — 86. Differenza fra interesse e desiderio. — 87. Rapporto fra « volontà », interesse, utilità, bene, bisogno.

69. Di " bene " e di " interesse " si parla assai spesso nella letteratura giuridica del diritto penale. Se ne parla non solo a proposito dell'oggetto del reato, quando si dice che il reato è l'offesa o la minaccia di un bene o di un interesse giuridico, che la pena è tutela di beni o interessi, ma se ne parla anche ad altro proposito, come quando si dice, ad es., che la pena è la privazione o diminuzione di un bene o interesse giuridico (1). Più

(1) Cfr., ad es., tra i più recenti: Impallomeni, *Istituzioni di diritto penale*, già citate, nella edizione curata da Vincenzo Lanza, Torino, Un. Tip. Ed., 1908, p. 88; Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. 16ª e 17ª ed., Berlin, 1908, § 58, p. 247, che rappresenta anche su questo punto la concezione dominante in Germania.

spesso ancora si parla di " bene „ e di " interesse „ negli altri rami del diritto; nella definizione del diritto oggettivo, nella definizione del diritto soggettivo, nella distinzione fra diritto obiettivo privato e diritto obiettivo pubblico, fra diritti soggettivi privati e diritti soggettivi pubblici, nella definizione dell' " oggetto „ del diritto, nella distinzione fra " interesse „ e " diritto „ e via dicendo. Nella moderna scienza giuridica italiana il concetto del " bene „ e dell' " interesse „ giuridico occupa, dunque, un posto notevolissimo. Ma che cosa, sociologicamente, è il " bene „ e che cosa è, psicologicamente, l' " interesse „, in verità pochi autori si dànno la pena di farci sapere, quasi che i concetti di bene e di interesse, fossero *truism* indimostrabili o che il predicato " *giuridico* „ aggiunto al sostantivo bene o interesse, riescisse a far mutare la natura sociologica o psicologica di quei concetti o a gettar su di essi una qualche luce maggiore. In realtà, invece, come il bene, prima ancora di esser *giuridico*, è un bene della *vita umana individuale e sociale* e *l'interesse*, prima ancora di esser *giuridico*, è un interesse *umano*, così il concetto di *bene*, prima ancora di essere un concetto giuridico, è un concetto *sociologico* anzi *psico-sociologico* ed è un concetto *psicologico*, prima ancora che giuridico, il concetto di interesse. In realtà essi, come concetti psicologici o sociologici, se pur non sempre facili a definirsi, non sono tuttavia punto indefinibili. In realtà solo determinando che cosa sia, sociologicamente, un bene, che cosa sia, psicologicamente, un interesse, si può arrivare a sapere che cosa essi, giuridicamente, sono: e solo così è possibile distinguere due questioni che di solito son confuse fra loro: la questione del concetto del bene o dell'interesse in sè, sociologicamente o psicologicamente considerati, dalla questione del concetto del " bene *giuridico* „ o dell' " interesse *giuridico* „, cioè della tutela giuridica (penale o non penale) del bene e dell'interesse.

70. Lo Jhering, nella sua famosa definizione del diritto soggettivo (" interesse giuridicamente protetto „) (2), fu fra i primi a dare un concetto dell' interesse e implicitamente anche del

(2) Jhering, *Geist des römischen Rechts*, cit., III, Th. I, Abth., p. 328.

" bene „ (3). Per " interesse „ egli intende " ogni contenuto di utilità, ogni cosa, anche pecuniariamente non valutabile, che sia un bene per un soggetto „: o, come egli pure si esprime, " tutto ciò che a noi può servire „ (4). In questa definizione, bene e interesse sono presi come equivalenti e significano sempre ciò che è utile, ciò che può servire (5). Per contro è da dire che bene è, sì, il

---

(3) La nozione del bene e dell'interesse come contenuto del diritto e quella del diritto come tutela di beni e di interessi, possiede la scienza giuridica da tempo relativamente recente. Anche la scuola storica, capitanata dal Savigny, vi rimase, almeno sul principio, estranea. Nel campo filosofico il Krause e la sua scuola (v. specialmente Ahrens, *Naturrecht*, 6ª Aufl. I, p. 249 e segg., p. 338, e segg.), ebbero il merito di portare in onore il concetto del " bene „, ma essi parlano del concetto etico del bene, del concetto del bene morale, non già del concetto sociale e particolarmente economico del bene medesimo (Cfr. Ahrens, *Naturrecht*, Vorrede (al I Bd.), p. vi e viii: dove osserva che " indem der etische Kernbegriff des *Guten* und der *Güter* als Grundlage, Inhalt und Ziel des ganzen Staatslebens nachgewiesen alles Recht als Güterrecht... begriffen wird „ (Cfr. in proposito: Dahn, nella " Kritische Vierteljahreschrift „, Bd. XII, p. 360 e segg.). Si deve soprattutto allo Jhering, nelle sue geniali ricerche intorno allo *scopo del diritto* e allo *spirito del diritto romano*, di aver messo in luce il concetto dell'*interesse* come contenuto edonistico del diritto, e di averne anche fra i primi tentato una definizione che non trova forse altri precedenti se non quelli di Rousseau nella sua lettera su la questione: *S'il y a une morale démontrée ou s'il n'y en a point*, nelle *Oeuvres*, Paris, Lefèvre, 1839, t. VII, p. 322 (dove si cerca di stabilire i diversi significati della parola " interesse „), e di Romagnosi, *Genesi del diritto penale*, 1791, 7ª ed., Milano, 1840, vol. I, § 495 (dove l'interesse è definito: " ogni idea o maniera di essere della sensibilità in quanto praticamente muove e spinge la volontà a qualche scelta o deliberazione „; nella quale definizione è esattamente intuito, se non la natura dell'interesse come giudizio di utilità, certo il suo rapporto causale con la volontà, di cui è scopo. Antecedentemente allo Jhering, aveva parlato poi di " bene „ (non però di interesse) nel campo del diritto penale il Birnbaum, *Ueber das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*, nell' " Archiv des Kriminalrechts „, 1834, pp. 149-194, specialmente p. 179, tuttavia senza definire il concetto di questo " bene „. Il concetto di " bene „ forma inoltre da tempo uno dei concetti centrali della scienza economica, ma è da lamentarsi che economisti e giuristi non abbiano proceduto (e non procedano tuttora) d'accordo nella determinazione di questo concetto ad essi comune.

(4) Jhering, *Geist des römischen Rechts*, Dritte Theil, Erste Abteilung, p. 329 e segg.

(5) Il Pachmann, *Ueber die gegenwärtige Bewegung in der Rechtswissenschaft*, Berlin, 1882, p. 49 e segg., specialm. p. 53 e segg., ha osservato che il con-

contenuto di una utilità, cioè, ciò che è utile, ciò che può servire; ma l'interesse non è il contenuto dell'utilità, e neppure l'utilità stessa, obiettivamente considerata, ma l'apprezzamento soggettivo di qualche cosa come utile, cioè come bene (concetto soggettivo). Bene e interesse sono dunque bensì concetti corrispondenti, ma non sono concetti identici, come ritiene lo Jhering. Il nostro interesse sta, per esempio, nell'avere un patrimonio, nel non essere danneggiati nel nostro patrimonio, ma il nostro interesse non è il nostro patrimonio. Lo Jhering stesso, altrove, mostra di avere un diverso concetto dell'interesse, giacchè lo definisce: " Il senso della condizionalità della nostra esistenza mediante qualche cosa fuori di noi: persone, cose, stati, rapporti " (6). Ma questa definizione è anche meno accettabile della precedente, non solo perchè restringe troppo il concetto del bene, a cui si ha interesse (esclusivamente persone, cose, stati e rapporti *esistenti fuori di noi*), ma sopra tutto perchè, più che una definizione dell'*interesse* (giudizio di utilità) è una definizione del *bisogno*, anzi, della coscienza del bisogno (coscienza della necessità di una cosa alla propria esistenza) (7).

---

cetto dell'interesse, così com'e inteso dallo Jhering, non corrisponde a nessuno dei vari significati che la parola stessa ha nel campo della scienza del diritto. Il Del Vecchio, *Il concetto del diritto*, Bologna, 1906, p. 142, lo dichiara " un concetto talmente vago che non ci offre realmente alcun lume intorno all'oggetto che si tratta di definire e quasi sfugge, per la sua stessa indeterminatezza, a un apprezzamento scientifico ".

(6) Jhering, *Besitzwille*, Jena, 1889, p. 25, n. 1.

(7) Il Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Bd. I, 2ª ed., Leipzig, 1890, § 51, p. 356, nota 2, a proposito di questa definizione dello Jhering dice: " *Per il diritto* (!) io desidererei di portare l'interesse dal campo del sentimento in quello della conoscenza ". E a p. 357 spiega in certo modo il perchè di questo suo desiderio, dicendo: " Das juristische Interesse als " Gefühl " zu fassen ist nichts als Sentimentalität im Verstandesbereich und führt zu der falschen Folgerung, dass die Rechtssätze nicht langer dauern als jenes Gefühl und im Einzelnfall unanwendbar sind sobald jenes Gefühl mangelt ". Bisogna però osservare in proposito che l'interesse o è un sentimento, come dice lo Jhering, e allora non diventa un atto intellettivo, un atto conoscitivo per il fatto che se ne parla nel campo del diritto invece che in quello della psicologia. O è un atto dell'intelligenza, un atto di conoscenza, e allora la definizione dello Jhering è inesatta, non solo giuridicamente, ma anche psicologicamente.

71. Il Gareis non definisce, neanch'egli, il *bene*, ma soltanto l'*interesse*; nella sua definizione del concetto di interesse è però implicita anche la definizione del concetto di bene. L'interesse è, pel Gareis, " la relazione — subiettivamente percepita e nascente dal bisogno — fra l'uomo, che sente il bisogno, e l'oggetto per mezzo del quale, effettivamente o presumibilmente, in tutto o in parte, il bisogno dev'essere ed è soddisfatto „ (8). Qui il bene, quantunque senza nominarlo, è esattamente concepito come " l'oggetto che soddisfa un bisogno „; e nella nozione dell'*interesse* è chiaramente avvertito il momento della *percezione subiettiva* della relazione fra il *bisogno* (e quindi l'uomo che sente il bisogno) e il mezzo di soddisfazione (bene): ma il giudizio su questa relazione (*interesse*) è confuso con la relazione stessa (utilità) (9).

72. Il Liszt dice *interesse* " il valore che il verificarsi o non verificarsi di una modificazione (*Veränderung*) ha per colui cui si riferisce „, e *bene* " non questo interesse, ma ciò per cui quella modificazione ha valore e cioè in fondo sempre l'esistenza umana „ (10).

---

(8) Gareis, *Rechtsencyclopädie und Methodologie*, 1ª ed., Giessen, 1887, 2ª ed., 1900, p. 157.

(9) Diversamente, ma non esattamente, critica la definizione del Gareis il Wagner, *Beitrag zur Lehre von den Objekten des Verbrechens*, Darmstadt, 1897, p. 48: " Questa definizione non contiene nessuna soddisfacente *differentia specifica* fra l'interesse come relazione fra l'uomo che sente il bisogno e l'oggetto del suo bisogno — e altre relazioni di questa specie, giuridiche, psicologiche, ecc. Noi sappiamo da questo punto di vista soltanto questo: che essa è " subiettivamente percepita „ e " nascente dal bisogno „: due espressioni le quali rendono ancora più oscuro il concetto „.

(10) Liszt, *Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtwissenschaft*, nella " Zeitschrift für die gesammte Strafrechtwissenschaft „, Bd. VIII, p. 137. Pur distinguendo in tal modo l'interesse dal bene, il Liszt ritiene però, anche qui, che l'equiparazione dell'uno all'altro sia autorizzata dall'uso della lingua e non presenti inconveniente alcuno. Noi parliamo, egli dice, così dell'interesse di non essere ucciso, che del bene (giuridico) della vita, così dell'interesse della donna di non essere sessualmente contaminata che del bene (giuridico) dell'onore sessuale: queste espressioni significano pel Liszt la stessa cosa (così pure un discepolo del Liszt, il Gebauer, *Die strafrechtliche Schutz wertloser Gegenstände*, Breslau, 1893). Certo le parole *bene* e *interesse* si possono spesso adoperare promiscuamente senza inconveniente perchè l'*interesse* non è che la rappresentazione soggettiva del *bene* " *come tale* „: ma

Nè l'uno nè l'altro concetto sono esatti. Non si sa, anzitutto, che cosa il LISZT intenda per " valore „ (11). Se valore significa qui " utilità „, è chiaro che altro è *valore*, altro *interesse*. Utilità è l'attitudine di una cosa a soddisfar un bisogno, interesse è il giudizio della utilità (del valore), cioè la valutazione della cosa da parte del soggetto del bisogno. L'utilità di una cosa è l'attributo, la qualità che si tratta di giudicare, di vedere se esista o no, nella cosa: è quindi, se mai, la ragione per cui si ha un interesse alla cosa, ma non è l'interesse alla cosa (12). Ugualmente non si sa che cosa il LISZT intenda per " modificazione „ (modificazione del mondo esteriore, risultato?) e non si capisce perchè l'*interesse* debba esser soltanto interesse al verificarsi o non verificarsi d'una modificazione del mondo esteriore, cioè, *interesse a un avvenimento* (avvenimento naturale o risultato di un'azione) e non già anche interesse, non a eventi, ma a cose, a persone, a stati, a rapporti. Errato è poi chiamar " bene „ ciò per cui un avvenimento ha valore, cioè, l'esistenza umana, mentre bene è l'oggetto che soddisfa il bisogno, non il bisogno e tanto meno l'uomo che lo ha e per cui quell'oggetto è utile, cioè è un bene.

73. Pel BINDING, bene è tutto ciò che ha un valore (sociale) (13), e interesse è " nulla più che un giudizio di valore „ (*ein Werturtheil*): " la esistenza — egli dice — di persone o cose, di determinate proprietà di esse, di determinati stati sono di valore *per la società*: da ciò segue il valore del loro mantenimento e il non valore

---

ciò non toglie che si debba distinguere l'uno dall'altro come l'idea di una cosa o il giudizio su una cosa si distingue dalla cosa stessa (l'OPPENHEIM, *Die Objekte des Verbrechens*, Basel, 1894, p. 31, distingue invece recisamente i due concetti, non solo, ma anche le due parole nell'uso della lingua).

(11) Il WAGNER, *Beitrag zur Lehre von den Objekten des Verbrechens*, Darmstadt, 1897, p. 48, che pur loda la definizione del LISZT, trovando in essa " molto chiaramente espressa la *differentia specifica* „ (?), è costretto a riconoscere che " come *genus proximum* appare in essa un concetto che è, esso stesso, controverso „. Poichè noi non sappiamo — egli dice — che cosa il LISZT intenda per " valore „, non possiamo giudicare il suo concetto „.

(12) Anche l'OPPENHEIM, *Die Objekte des Verbrechens*, Basel, 1894, p. 32, osserva essere, questa del LISZT, " eine Definition welche des Motiv, warum ein Interesse vorhanden ist mit diesem selbst verwechselt „.

(13) BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Bd. I, 2ª ed., Leipzig, 1890, § 50, p. 340, *sub* IV: " Diese Güter haben alle Social-Wert „.

della loro modificazione „ (14). Il Binding ha chiaramente avvertito la natura psicologica dell'interesse, dicendolo un giudizio: giudizio di valore, valutazione. Ma anche qui è incerto il senso che l'autore attribuisce alla parola (per sè polisensa) " valore „, e l'incertezza diventa più grave quando al sostantivo " valore „ si aggiunge il predicato " sociale „. Non si dànno dunque interessi (cioè giudizi di valore) individuali? E la valutazione sociale che cosa può essere se non è una valutazione individuale o la somma o la media o la risultante delle valutazioni individuali?

74. Maggiori chiarimenti fornisce il Kessler così sul concetto di interesse che su quello di bene. Pel Kessler l'interesse si riferisce, in primo luogo, non a un *oggetto* o a uno *stato*, ma a un *avvenimento*, a *un fatto*. " Interesse di una persona a un fatto — così egli poi definisce — è il rapporto della persona con questo fatto in forza del quale l'avvenire o il non avvenire di esso ha una conseguenza svantaggiosa per un bene della persona „. Per " bene „ è, invece, secondo il Kessler, da intendersi: " ogni oggetto ed ogni rapporto in quanto esso può contribuire al benessere fisico o psichico di una persona „ (15). Il concetto che il Kessler ha dell'interesse non è esatto. Non è vero che l'interesse sia solo interesse a *fatti* o ad *avvenimenti* (avvenimenti naturali o risultati di azioni umane), perchè esistono anche interessi a *oggetti* del mondo esteriore (interessi a *cose*, a *persone*), interessi a *stati* (per esempio, interesse alla vita, alla salute, alla libertà, ecc.), interessi a *rapporti* (per esempio, un credito, un servizio personale). Non è vero nemmeno che l'interesse si riferisca prima a un *avvenimento*, a un *fatto*, e poi a un *oggetto* o a uno *stato* (16). È anzi vero il contrario.

---

(14) Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Bd. I, Leipzig, 1890, § 51, p. 356.

(15) Kessler, *Rechtsgut oder rechtlich geschütztes Interesse oder subjektives Recht*, nel " Gerichtssaal „, Bd. XXXIX, 1887, pp. 100, 101.

(16) Anche al Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Bd. I, 2ª ed., Leipzig, 1890, § 51, p. 356, nota 2, " scheint es ein unützter Umweg... zu behaupten das Interesse beziehe sich nicht an erster Stelle auf einen Gegenstand oder Zustand sondern auf ein Ereigniss „. E così pure l'Oppenheim, *Die Objekte des Verbrechens*, Basel, 1894, p. 39, censura il Kessler " weil er die Beziehung des Subjekts des Interesses zu dem Gegenstand des Interesses, dem sog. Gut nicht als direkt vorhanden anerkennt, sondern ein *Ereigniss* dazwischen schiebt... „.

In tanto si ha interesse a un avvenimento, a un fatto (fatto naturale o azione) in quanto si ha interesse a *un bene* (sia esso un oggetto o stato, sia pure un rapporto o una qualsiasi altra cosa atta a soddisfare un bisogno): a un bene per il quale il verificarsi o non verificarsi di quell'avvenimento, di quel fatto, ha, come dice il KESSLER, una conseguenza svantaggiosa (in tanto si ha, per es., interesse a non perdere la vita o le proprie cose, in quanto si ha interesse alla vita, alle proprie cose, ecc.) (17). Inoltre non è vero che il bene debba esser per forza danneggiato o posto in pericolo da un avvenimento perchè vi sia interesse a quel bene. Si ha interesse a un bene, prima ancora che questo sia danneggiato o posto in pericolo: si ha interesse a beni che nessun avvenimento danneggia o pone in pericolo (18). Interesse non è poi un rapporto fra una persona e un fatto e neanche fra una persona e un *quid* che non sia un fatto: questo rapporto è l'utilità, non l'interesse, cioè il giudizio di utilità (19). Non è esatto nemmeno il concetto del *bene* dato dal KESSLER. Bene può essere non solo un *oggetto* (sia nel senso ristretto di cosa, sia nel senso largo di oggetto del mondo esteriore, uomini e cose), non solo un *rapporto*, ma — ciò che il KESSLER esplicitamente esclude e dice contrario all'uso della lingua (20) — anche uno *stato* (di un individuo o di una cosa), anche

---

(17) Si confronti il passo, p. 40, più oltre riportato, di OPPENHEIM, *Die Objekte des Verbrechens*, Basel, 1894.

(18) " Giebt es — si domanda il BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Bd. I, Leipzig, 1890, § 51, p. 356, nota 2 — nicht genug ungefährdete Interessen? ".

(19) Diversa ed errata (perchè movente dal falso supposto che l'*interesse* sia la stessa cosa del *desiderio*) è la critica che al KESSLER rivolge il WAGNER, *Beitrag zur Lehre von den Objekten des Verbrechens*, Darmstadt, 1897, p. 48: " Anche a questa definizione dobbiamo muovere l'obiezione che essa non contiene nessuna chiara *differentia specifica* la quale distingua concettualmente l'interesse dagli altri rapporti della persona con un fatto. Un fatto si può giudicare, desiderare, aborrire, ecc.: tutti questi sono rapporti dell'uomo col fatto. Sul contenuto di questo rapporto che sta a fondamento della definizione noi sappiamo soltanto una cosa, che " in forza " di questo rapporto di una persona con un fatto, questo fatto ha una conseguenza dannosa per il bene di una persona. Tali parole sono così indeterminate che non possono caratterizzare il contenuto di questo rapporto ".

(20) KESSLER, *Rechtsgut oder rechtlich geschütztes Interesse, oder subjektives Recht?*. Nel " Gerichtssaal ", XXXIX (1887), p. 99.

un *avvenimento* (fatto naturale o azione) in quanto stato o avvenimento abbia anch'esso (come un oggetto o un rapporto) attitudine a soddisfare un bisogno umano (21). E che cosa significa poi, secondo il Kessler, il " benessere „ di una persona? L'espressione è ambigua.

75. Pel Finger " bene è ogni oggetto il quale è atto a soddisfare bisogni umani „: le relazioni fra gli uomini (persone) e gli oggetti che servono alla soddisfazione dei bisogni, chiama egli " interessi „ (22). Qui esatto è il concetto di *bene*, ma non altrettanto esatto è il concetto di interesse, perchè vien confusa la *relazione* fra il bisogno (e quindi fra l'uomo che sente il bisogno) e l'oggetto che serve alla soddisfazione del bisogno, cioè: l'*utilità* (obiettivamente, cioè generalmente, percepita), e il *giudizio* che di questa utilità dà il soggetto del bisogno, cioè, l'*interesse* (23).

76. Più chiaro e più esatto è il concetto del Bunger. Pel Bunger il bene sta nel lato *obiettivo*, mentre l'interesse emerge dalla considerazione *subiettiva*. Più precisamente: " bene „ è " quell'oggetto che forma materia di una valutazione del soggetto „. " Interesse „ è " quella concezione del subietto la quale considera un obietto come bene „. " L'interesse consiste in una concezione subiettiva, mediante una comparazione di oggetti fatta dal soggetto con riguardo al loro valore per il soggetto comparante, in sèguito alla quale uno di questi soggetti come *id, quod interest,* appare al soggetto come avente il maggior valore „ (24).

---

(21) Anche l'Oppenheim. *Die Objekte des Verbrechens.* Basel, 1894, p. 39, rimprovera al Kessler di aver un concetto " troppo stretto „ del bene, il quale concetto è invece per lui così largo che sotto di esso può cadere qualunque cosa che abbia un valore.

(22) Finger, *Rechtsgut oder rechtlich geschütztes Interesse? zur Lehre von Objekt des Verbrechens*, nel " Gerichtssaal „, Bd. XL (1888), pp. 151-157.

(23) Un altro errore del Finger è quello di ammettere solo l'esistenza di interessi della comunità, non già di interessi dei singoli (*Op. cit.*, l. c.), mentre non solo la esistenza di interessi individuali è evidente, ma è anche evidente che l'interesse sociale non è se non la risultante di interessi individuali.

(24) Bunger (P.), *Ueber Handeln und Handlungseinheit als Grundbegriffe der Lehre von Verbrechen und von der Strafe*, nella " Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft „, Bd. VIII, p. 667.

Il BUNGER ha il merito di aver per il primo messo in evidenza che, mentre il bene ha riguardo al lato *obiettivo*, l'interesse ha riguardo al lato *subiettivo*. Le prime due definizioni però che egli ci dà del bene e dell'interesse, se ci dicono che cosa è l'interesse (valutazione subiettiva di un oggetto), non ci dicono ancora che cosa è il bene: dire infatti che esso è l'oggetto di una valutazione subiettiva, è un *idem per idem*. Inoltre non è detto chi debba essere il soggetto di una valutazione perchè si abbia un interesse: il mio giudizio sul valore, sull'utilità che un oggetto ha, non per me, ma per un altro, sarà, dunque, un *mio* interesse? La seconda definizione dell'interesse che il BUNGER pone a chiarimento della prima, non che interpretarla, la modifica, e non certo con vantaggio dell'esattezza e della verità. Essa aggiunge al concetto dell'interesse un elemento *superfluo*, giacchè lo fa consistere, non solo in una *valutazione*, ma in una valutazione " *comparativa* ", non solo in un giudizio sul valore di un oggetto, ma in un giudizio sul valore di un oggetto, confrontato col valore d'un altro o più altri oggetti: ciò che, evidentemente, non è sempre necessario perchè vi sia " interesse " a un oggetto. L'errore dipende forse dall'aver scambiato il concetto del valore d'uso che è, più esattamente, l'*utilità* di un oggetto con altri concetti del valore che non possono esser pensati se non *in via di confronto* fra più oggetti utili, fra più *beni*; e quindi il giudizio su quello col giudizio su questi (25). —

(25) Non possiamo accettare la critica mossa al BUNGER dal WAGNER, *Beitrag zur Lehre von den Objekten des Verbrechens*, Darmstadt, 1897, pp. 48-49. " Noi consideriamo, egli dice (p. 49), questa definizione come inammissibile: 1° perchè non chiunque concepisce un oggetto come bene ha bisogno anche di essere interessato all'integrità di esso; 2° perchè non si capisce come il reato possa venire in antitesi con tali concezioni ". Ora è invece certo che chiunque concepisce un oggetto come un bene *per la propria persona* è altresì necessariamente interessato all'integrità di esso: se non è interessato all'integrità di esso, ciò vuol dire che egli o non lo concepisce come un bene o lo concepisce bensì come un bene, ma non come un bene *proprio*, bensì come un bene *altrui* (vedi invece nel testo la critica che, da questo punto di vista, giustamente si può fare al BUNGER). Che il reato danneggiando un bene danneggi poi la persona che a quel bene ha interesse e venga quindi in antitesi con l'interesse, a me sembra naturalissimo; ma di questo non è ora il caso di occuparsi, se non si vuol confondere la questione della nozione del bene e dell'interesse con la questione della sua tutela giuridica penale (v. più oltre capo VII).

Il concetto dell' " interesse „ del BUNGER è seguìto in tutto dal DOERR (26).

77. Dal BUNGER, pur senza dichiararlo, deriva i suoi concetti anche lo JELLINEK. Per il JELLINEK ogni atto di volontà deve avere un determinato contenuto: non si può volere puramente e semplicemente: si deve volere sempre e soltanto una qualche cosa (*ein Etwas*); come non si può semplicemente vedere, ascoltare, capire, pensare, ma ogni percezione dei sensi e ogni riflessione dello spirito deve avere per contenuto una qualche cosa (27). Questa qualche cosa viene posta in un certo rapporto con l'individuo a causa della sua idoneità per gli scopi individuali... Con altre parole essa è un *bene*. Ciò che obiettivamente considerato appare come bene, è, soggettivamente, un interesse. Un interesse è un bene secondo la valutazione subiettiva per gli scopi umani. Un bene diviene interesse, non mediante la valutazione individuale, ma mediante la valutazione media... (28). Il bene o interesse diviene tale solo quando sia posto in relazione con un volere umano. Solo come possibile contenuto di una *volontà* è un oggetto del mondo esteriore o una relazione fra uomo e uomo, parte costitutiva del mondo dei beni o degli interessi. Se da un lato si può soltanto volere *qualche cosa*, dall'altro questa qualche cosa dev'essere *voluta* o poter essere voluta... (per esser bene o interesse). La volontà è il mezzo necessario per cui qualche cosa diviene " bene „ o " interesse „ (29). Il concetto, per vari lati pregevole, che lo JELLINEK dà del bene, non è però in tutto accettabile. A dirla con una frase riassuntiva, bene è, per lo JELLINEK, una *qualche cosa* — e precisamente un oggetto del mondo esteriore o una relazione fra uomo e uomo — che vien

---

(26) DOERR (F.), *Ueber das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen*, Breslau, 1897, § 1, p. 4, nota 15; v. anche § 2, p. 10, nota 5.

(27) JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2ª ediz., Tübingen, 1905, p. 42.

(28) JELLINEK, *System d. subjekt. öff. Rechte*, p. 43.

(29) JELLINEK, *System d. subjekt. öff. Rechte*, pp. 43-44. Si confronti, per il concetto di interesse, anche l'opera anteriore dello stesso autore: *Die sozial-etische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Wien, 1878, p. 43.

posta in un certo rapporto con l'individuo a causa della sua idoneità per gli *scopi* individuali e che forma il contenuto necessario di una volontà. Ora questo concetto non può essere accettato: 1° perchè non soltanto gli oggetti del mondo esteriore (uomini o cose) e le relazioni fra uomini, ma anche gli stati della persona (stati dell'individuo) o delle cose e ogni e qualunque realtà *che abbia un valore* può essere un bene; 2° perchè non si sa che cosa siano gli " scopi umani „ per i quali qualche cosa che voglia essere un bene dev'essere idonea, e, come tale, subiettivamente valutata (ogni sistema di filosofia concepisce in modo diverso gli scopi dell'uomo e la destinazione umana): e non si sa inoltre che sia quel " *certo rapporto* „ in cui questo qualcosa dev'esser posto (posto da chi?) con l'individuo per esser un bene; 3° perchè qualche cosa può essere un bene, anche senza esser *voluta*, senza essere il contenuto di una volontà, e, se è voluta, allora verso di essa, non si ha più soltanto un *interesse*, ma anche un *desiderio*. Molto più esatto e certo pregevolissimo è il concetto che ha lo JELLINEK dell'interesse, ma anch'esso non del tutto esatto. Interesse non è tanto il bene, secondo la valutazione soggettiva, il bene, soggettivamente considerato, quanto la stessa *valutazione soggettiva del bene come tale, il giudizio di utilità, di valore*. Il bene è più precisamente l'*oggetto* della valutazione, e quindi, dell'interesse. L'interesse non è poi la valutazione media delle valutazioni individuali di un bene: è invece proprio la valutazione individuale del bene da parte del soggetto del bisogno cui quel bene soddisfa. Infine, al contrario di quel che dice lo JELLINEK, per cui anche l'interesse, per esser tale, dev'esser *voluto*, non si può volere un interesse, ma un bene, perchè l'interesse non è l'oggetto, il contenuto, ma la causa determinante (scopo, fine, motivo) della volontà. L'interesse è tanto poco legato alla volontà, che si può aver interesse ad una cosa, anche senza volerla.

78. Come lo JELLINEK, così anche il VANNI, parte dal concetto di " *fine* „ o di " *scopo* „ *della vita* per stabilire il concetto di *bene* e quello di *interesse*. " Il raggiungimento di uno scopo — qualunque esso sia — egli dice — costituisce un *bene*: dunque l'idea di *scopo* richiama quella di *bene*. Inoltre, se il raggiungimento di uno scopo è un bene, è evidente che esso costituisce anche un *interesse* per

chi si propone lo scopo „ (30). Ma anche questo concetto non è del tutto esatto. Il concetto di *scopo* (o di *fine*) non è logicamente e psicologicamente un *prius*, ma un *posterius* di fronte al concetto di *interesse* e anche di fronte al concetto di *bene*. Ogni volontà, dice bene lo JELLINEK, è volontà di qualche cosa: questo qualche cosa, che è voluto, è il contenuto (o oggetto) della volontà. Voluto può essere solo un *quid* che secondo la valutazione del soggetto che vuole *(interesse)* appaia come un *bene*, come un *quid* atto a soddisfare un *bisogno* (utilità, valore). L'*interesse* è dunque la causa determinante, il *movente*, il *motivo* (cosciente) della volontà, cioè il *fine*, lo *scopo* della volontà medesima. L'idea di interesse, è dunque anteriore alla idea di *fine* o di *scopo*: questa sorge quando si metta *in rapporto l'interesse, come causa*, alla *volontà* (desiderio, intenzione, proposito, risoluzione, animo) *come effetto*. Anteriore, logicamente e psicologicamente, al concetto di interesse, e quindi anche di bene, è dunque non il concetto di *scopo*, ma il concetto di *bisogno*: il concetto di scopo è posteriore. Se il raggiungimento di uno scopo è un bene (meglio si direbbe in tal senso un *benessere*, un *piacere*: stato soggettivo), se si ha quindi un interesse al raggiungimento di uno scopo, ciò è perchè, lo *scopo* non essendo che l'interesse, e l'interesse essendo interesse a un *bene*, il raggiungimento di uno scopo, cioè la soddisfazione di un interesse, non può essere dato che dal conseguimento del bene. Ora che il conseguimento di un bene (concetto oggettivo) dia all'uomo *bene*, nel senso di *benessere*, di *piacere* (concetto soggettivo), che si abbia quindi non solo un interesse al bene, ma anche un *interesse* al conseguimento di questo *bene*, un *interesse* alla soddisfazione di quell'*interesse*, è cosa così evidente che non ha bisogno neppure di essere rilevata.

79. Largamente svolti sono dallo OPPENHEIM i concetti di *bene* e di *interesse*. Per l'OPPENHEIM " il concetto di " bene „ è un concetto di valore „ *(ein Wertbegriff)*. " Ogni e qualunque cosa che,

---

(30) VANNI, *Lezioni di filosofia del diritto*, Bologna, 1904, p. 96; v. anche p. 121. A p. 132, parlando del rapporto giuridico, come *rapporto di vita (Lebensverhältniss)* determinato e garantito da una norma giuridica, egli, meglio che al concetto di *scopo*, si richiama più esattamente al concetto di *bisogno* (" rapporto che sorge nel seno della comunanza, occasionato dai vari *bisogni della vita* „).

da un determinato punto di vista della osservazione, ha un valore per un soggetto, e, per lui, per ciò stesso, un bene. Bene è così tutto ciò che ha un valore — nel più ampio senso di questa parola, — e, perchè ha un valore, è oggetto di un interesse „ (31). Alla definizione del concetto di interesse egli viene nel modo seguente: " Interesse di una persona a qualcosa che esiste (p. e., alla vita) — dice l'Oppenheim — significa che alla persona importa la presenza di questo qualche cosa che esiste, che essa ha, mediante la presenza di questo qualche cosa che esiste, sentimenti di piacere. Solo per ciò ha egli *indirettamente* un interesse, gli importa, che la cosa esistente (la sua vita) non venga distrutta. D'altra parte, l'interesse di una persona a qualche cosa, che ancora non esiste, vuol dire che alla persona importa la presenza avvenire di ciò che adesso ancora non esiste, epperò questa stessa presenza. Solo per ciò importa a lui *indirettamente* che l'avvenimento, che il futuro deve portare con sè, non venga meno (32). L'Oppenheim definisce pertanto così l'interesse: " *Interesse è il rapporto di un soggetto con qualche cosa, esistente o non esistente, ma desiderata, il quale esprime che ciò che esiste, o non esiste, ha un valore per il subietto, e, perciò, è un bene* „ (33).

Esattissimo è il concetto del *bene* che ci offre l'Oppenheim, per quanto non sia molto determinato in esso il senso che l'autore dà

(31) Oppenheim, *Die Objekte des Verbrechens*, Basel, 1894, p. 39; v. pure p. 183: "... Gut kann alles genannt werden, was, weil es irgendwie von Wert, Gegenstand eines Interesses ist „.

(32) Oppenheim, *Die Objekte des Verbrechens*, Basel, 1894, p. 40. E così egli esemplificando continua: " Wer z. b. einen Sohn als Erben haben möchte, hat ein Interesse an dem zukünftigen Dasein des Sohnes selbst, indirekt also auch ein Interesse daran, dass die das zukünftige Dasein des Sohnes bewirkende Konzeption und Geburt nicht ausbleibe. Die Ereignisse der Konzeption und Geburt sind nur Mittel, der Sohn ist Zweck. Weil das Interesse am Zweck vorhanden ist, muss auch ein solches an den Mitteln vorhanden sein. Dieses Vorhandene oder Nichtvorhandene, an dessen Dasein einer Person etwas liegt, kann wie alles andere so auch ein Ereigniss sein. So sind z. B. für den zu seiner Ausbildung in der Geburtshilfe in der Geburtsanstalt domizilierten Studenten die Geburten selbst, also Vorgänge, Ereignisse, Gegenstände des Interesses; an ihnen liegt ihm etwas, sie haben für ihn Wert, weil er sich dabei als Geburts-helfer ausbildet. In solchen Fällen ist das Ereigniss dasjenige, woran das Interesse besteht, das Gut „.

(33) Oppenheim, *Die Objekte des Verbrechens*, Basel, 1894, p. 41.

alla parola " valore „ e non si sappia quale è il " punto di vista „ dal quale il soggetto giudica che un oggetto ha valore. Non del tutto esatta è, invece, la sua definizione dell'interesse: 1°) perchè non è necessario che qualche cosa sia *desiderata*, perchè si abbia ad essa *interesse* (si può avere interesse a una cosa anche senza *desiderarla*, cioè *volerla*); 2° perchè il *rapporto* fra il soggetto e quel qualche cosa (esistente o no) che l'OPPENHEIM dice esser *bene*, " perchè ha un valore per il soggetto „, non è l'*interesse*, ma appunto il *valore*, l'*utilità* di quel qualche cosa: l'interesse è, invece, il *giudizio* del valore, della utilità di una qualche cosa *per un soggetto, emesso dal soggetto stesso*. Quando poi l'OPPENHEIM dice che l'interesse di una persona a qualche cosa significa che la presenza di questa cosa produce un sentimento di piacere nella persona, egli viene ad ammettere che in questo sentimento di piacere consista l'*interesse* (34); e con ciò, mentre contraddice alla sua definizione, viene a confondere il concetto dell'*interesse* con quello del *bisogno*. Certo si ha un interesse a un *quid* perchè questo *quid* è atto a soddisfare un bisogno, e quindi è utile, è un bene; certo il possesso di un bene produce un senso di piacere, appunto perchè soddisfa un bisogno. Ma non bisogna confondere il *bisogno* col mezzo di soddisfazione (bene) e neppure con l'attitudine di un oggetto a soddisfare un bisogno (utilità), e tanto meno col *giudizio* su l'attitudine di una cosa a soddisfare un bisogno (giudizio di utilità, di valore, = *interesse*) (35).

---

(34) Così anche interpreta il pensiero dell'OPPENHEIM il WAGNER, *Beitrag zur Lehre von den Objekten des Verbrechens*, Darmstadt, 1897, p. 49, il quale si domanda in conseguenza: " Come può allora l' OPPENHEIM applicare come *genus proximum* della sua definizione il non facilmente comprensibile concetto del *rapporto*? „ La contraddizione fra le premesse e la definizione posta dall'OPPENHEIM a conclusione delle medesime, esiste infatti, e giustamente il WAGNER la rileva.

(35) Una diversa critica fa il WAGNER all' OPPENHEIM, in cui però non possiamo assolutamente convenire: " È ancora da notare, egli dice, che non è sempre possibile il costruire il *bene determinato* al quale, secondo OPPENHEIM, si deve necessariamente riferire un interesse. A quale bene si riferisce, per esempio, l'interesse di non essere uccisi? Non si risponda: al bene della vita! Un uomo il quale ha determinato di suicidarsi, non ha certo nessun interesse alla vita e può, non ostante ciò, aver l' interesse di non essere ucciso „ (Cfr. WAGNER, *Beitrag zur Lehre von den Objekten des Verbrechens*, Darmstadt, 1897, pp. 49-50).

80. Il Wagner non ci dà un concetto del bene, ma solo dell'interesse. Egli, su le traccie del Bunger, considera il concetto di interesse come un concetto psicologico e segue, nella concezione di esso, la psicologia della scuola di Herbart (36). " Con l'espressione " interesse „ — egli dice — si indica una disposizione d'animo variabile che può essere così attenzione *(Aufmerksamkeit)*, attesa *(Erwartung)* e, anche, desiderio *(Begehren)*. Quando si dice: " io ho letto questo libro con grande interesse „, ci si può esprimere egualmente bene nel modo seguente: " io ho letto questo libro con grande attenzione „. Sinonime sono ancora le seguenti espressioni: " la mia attesa era giunta al più alto grado, e: " il mio interesse si era elevato al più alto grado „. Quando finalmente si dice: " io ho l'*interesse* di non essere ucciso „, ciò significa nient'altro che questo: " io ho il *desiderio* di non essere ucciso „. A quest'ultima espressione che concepisce l'interesse come un *desiderio* sembra al Wagner ricollegarsi l'uso della lingua, quando si parla del reato come offesa di interessi (37). Ma il concetto del

---

L'esempio è sofistico e non è probante. In tanto si ha un interesse a non essere uccisi, in quanto si ha interesse alla vita; ciò non è dubbio. Chi si determina al suicidio, non ha interesse alla vita, e quindi non ha, *di regola*, interesse a non essere ucciso. Se qualche volta, pur non avendo interesse alla vita, ma avendo invece interesse alla morte, può avere tuttavia interesse a non essere ucciso, ciò è perchè egli, in realtà, non ha, in tal caso, interesse a morire *pur che sia*, a morire *in un qualsiasi modo*, ma ha interesse a morire *di propria mano*: e quindi il morire, bensì di morte violenta, ma per opera altrui, è contrario al suo interesse. Ma contrario al suo interesse sarebbe pure, per lui, il morire di morte naturale! Perchè egli non solo non ha interesse alla vita, ma ha interesse *al suicidio*: e a questo interesse contraddice così l'altrui azione *omicida* che il fatto della morte naturale.

(36) Cfr. in proposito: Struempel, *Die Unterschiede zwischen dem sinnlichen, dem intellektuellen und dem ästetischen Interesse und Wohlgefallen*, nelle " Abhandlungen aus dem Gebiete der Ethik, der Staatswissenschaft „, ecc., 6ª Heft, p. 3 e sgg.

(37) Cfr. Wagner, *Beitrag zur Lehre von den Objekten des Verbrechens*, Basel, 1894, p. 50. Il Wagner così esemplifica: " Quando, p. es., si dice che il danneggiamento offende l'interesse del proprietario, si vuole, secondo a noi pare, esprimere soltanto il pensiero che il danneggiamento contravviene al desiderio, ragionevolmente presumibile nel proprietario, che una cosa non sia danneggiata o distrutta. Interessi del pubblico sarebbero perciò desideri i quali sono propri alla più larga sfera di persone; interessi religiosi sarebbero perciò quei desideri che un uomo religioso ragionevolmente ha „. E aggiunge: " Noi pos-

WAGNER non può essere accettato. Non è vero che l'espressione interesse abbia un significato così variabile come vorrebbe il WAGNER. Essa non vuol dire mai " *attenzione* „ (dire: io ho letto questo libro con grande " interesse „, e dire: io ho letto questo libro con grande attenzione, sono espressioni equivalenti, solo in quanto si presta di solito attenzione a ciò, di cui ci si interessa, e non si presta a ciò, di cui ci si disinteressa; ma non è escluso che si possa non fare attenzione a ciò di cui ci si interessa e fare attenzione anche a ciò di cui non ci si interessa). Essa non vuol dir mai neppure " *attesa* „ (" il mio interesse era giunto al più alto grado „ non significa affatto: " la mia attesa era giunta al più alto grado „: si può avere interesse a una cosa senza aspettarsela e anche senza sperarla, p. e., perchè già si possiede o perchè è impossibile possederla). Nemmeno è vero che *interesse* sia = *desiderio*. Altro è, invece, l'interesse e altro il desiderio. Quando si dice: " io ho l'interesse di non essere ucciso „, non si fa che emettere il seguente giudizio: " il non essere ucciso è un bene per me, mi è utile, soddisfa il mio bisogno di vivere e di conservarmi „. Il *desiderio* di non morire, di vivere, rispetto all'*interesse* di non morire, di vivere, è un puro *consecutivum*. Certo si desidera ciò, a cui si ha interesse; ma non tutto ciò, a cui si ha interesse, si desidera. Si ha interesse a cose che già si hanno (la *propria* vita, la *propria* salute, la *propria* bellezza, il *proprio* ingegno) e interesse a cose che non si possono avere, ma non si desidera ciò che si ha o quello che è impossibile avere (non si desidera la vita, la salute, la bellezza, l'ingegno *che si ha*, non si desiderano i frutti del pianeta Marte). *Desiderio*, dunque, non è = *interesse*, ma = *volontà* (38). Volere una cosa e desiderare una cosa sono espres-

---

siamo perciò definire l'interesse in senso giuridico penale come il desiderio ragionevolmente proprio a determinate persone o associazioni di persone relativamente all'avvenimento o non avvenimento di un risultato giuridicamente e penalmente rilevante „. — Un concetto dell'interesse in tutto identico al WAGNER ha l'EBERHARD. *Synonimisches Handworterbuch*, Leipzig, 1882, p. 549: " Interesse è... il *desiderio* di venire in relazione spirituale con un oggetto o di rimanere in essa, di avvicinarlo, godendo, scoprendo, conoscendo „.

(38) Anche lo SCHEY, *Ueber Rechtsverwandlungen* nella GRUNHUT's " Zeitschrift f. privat und öffentliches Recht der Gegenwart „, Bd. VII. p. 764, che critica lo JHERING di aver troppo separato l'*interesse* dalla *volontà*, che sono, a suo

sioni sinonime: tutto ciò che si desidera, si vuole, tutto ciò che si vuole, si desidera (nell'uso comune della lingua si usano, infatti, indifferentemente le parole " *voglia* „ o " *desiderio* „) (39). Ma se *volontà* e *desiderio* non si distinguono, ben si distingue, invece, la *volontà* dall'*interesse*. La *volontà* è, infatti, il *mezzo* per la soddisfazione dell'interesse: l'*interesse* è perciò il *fine*, lo *scopo* della volontà. Certo, poichè non v'è volontà senza scopo, non v'è volontà senza interesse: si può volere una cosa che non è utile, che ci danneggia magari; non una cosa che si giudica inutile o dannosa, non una cosa, cioè, che non ci sembri un bene e a cui non si abbia, quindi, interesse. Per contro si può ben percepire qualche cosa come utile, come un bene desiderabile e agognabile da una *volontà*, senza tuttavia volerla effettivamente. O in altri termini: non si può volere una cosa senza avervi interesse, ma si può ben avere interesse a una cosa senza volerla. Dunque l'*interesse* si distingue dalla *volontà*, come la causa dall'effetto; e poichè la *volontà* è tutt'uno col *desiderio*, non può evidentemente l'*interesse* esser la stessa cosa del *desiderio*.

81. Di altri concetti del bene o dell'interesse, o elaborati da particolari punti di vista o che non hanno il carattere di vere e proprie definizioni, tralasciamo di occuparci (40) per esporre sen-

---

giudizio, inseparabili, identifica tuttavia anch'egli *desiderio e volontà*: cfr. annotazione 62 a p. 764: " Auch das *Interesse* scheint sich nicht so vollkommen von dem *Willen* und der *Willensfähigkeit* loslösen zu lassen, wie Jhering möchte. Vielmehr involviert es doch wohl ein " *Verlangen* „ (desiderio).

(39) Distingue, invece, a torto, volere e desiderare il Löffler, *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend, historischer und dogmatischer Darstellung*, Bd. I, Leipzig, 1895, p. 6.

(40) Vedi, ad esempio, per quanto riguarda il concetto di bene dal particolare punto di vista del diritto privato: Chiovenda, *Principî di diritto processuale civile*. 2ª ediz., Napoli, Jovene, 1908, p. 29: " È *bene* il godimento di una *cosa* esteriore, e quando la legge mi garantisce il godimento assoluto di una cosa, in me nasce un diritto fondamentale, la *proprietà*. Ma *bene* può essere anche il godimento limitato di una cosa (usufrutto, uso, abitazione) o la possibilità di compiere determinate attività riguardo a una cosa altrui, pel miglior godimento della cosa nostra *(ius agendi, eundi, aquam ducendi)*. *Bene* può essere l'attività altrui in quanto sia diretta a procurarci una utilità (obbligazioni di fare e di dare) e anche il non fare altrui ci si presenta come un bene quando ci permette il miglior godimento di un bene (*servitus altius non tollendi*; ob-

z'altro, a mo' di conclusione, il nostro pensiero, già in gran parte anticipato nella critica dei concetti altrui, alla quale, per evitare inutili ripetizioni, naturalmente pure ci richiamiamo.

Per giungere a una nozione esatta del *bene* (e quindi anche dell'*interesse*) occorre, secondo noi, partire dal concetto di " bisogno „ (41). Bisogni, in senso largo, non sono che *le necessità della nostra esistenza, le esigenze della vita umana*, organica, intellettuale e morale. Ogni bisogno è bisogno *umano*: bisogno *della esistenza umana*.

---

bligazione di non aprire un negozio come il nostro nella stessa via). E per quanto riguarda il concetto di *interesse*, vedi la descrizione, più che la definizione, che ne dà il MERKEL, *Juristische Encyclopädie*, 2ª ediz., Berlin, 1904, § 161, p. 75: " Dies interesse (quello presupposto da un diritto subiettivo) kann ferner entweder durch sachliche Merkmale charakterisiert sein, als Interesse an der Erlangung oder Behauptung oder an dem Genusse bestimmter Gegenstände, Zustände, oder Verhältnisse, oder aber es kann die freie Willensbethätigung und persönliche Machtäusserung an sich zum Gegenstande haben „.

(41) Il primo a risalire al concetto del " bisogno „ per la determinazione del concetto dell'interesse è stato, a quanto io so, il ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, Milano, 1840 (7ª ediz.), vol. I, § 514 e segg. Veramente il ROMAGNOSI parla dei bisogni come sorgenti dei *motivi*, non degli *interessi*: ma è da notare che secondo lo stesso ROMAGNOSI (*Genesi del diritto penale*, § 495) " l'*interesse* non è altra cosa fuorchè il complesso dei *motivi* tutti che sono sparsi sulla vita umana in quanto vengono considerati non semplicemente come modi di essere della facoltà di sentire, non come immagini, o come oggetti, scopo dei desideri umani, ma bensì come *forze* impellenti l'umana attività al centro suo naturale, o sia de' *motivi* considerati rigorosamente *tali* „. Al concetto del bisogno (economico) per determinare la nozione, non già dell'interesse (di cui non si suol parlare), ma del " *bene* „ (economico), risalgono pure tradizionalmente gli economisti (vedi fra i più recenti e autorevoli scrittori italiani, ad esempio: PANTALEONI, *Lezioni di Economia Politica*, Roma, Litografia Casetti, 1901-1902, p. 24 e segg.; VALENTI, *Principi di scienza economica*, Firenze, Barbera, 1906, nº 12, p. 103 (in relazione ai nⁱ 1 e segg., p. 90 e segg.). Nel campo dell'etica il DÖRING, *Philosophische Güterlehre*, pp. 53 e 74 (citato dal BONUCCI: vedi più oltre) si richiama pure al concetto del *Bedürfnis* (bisogno) per indagare la natura del *bene morale*, per quanto dia all'espressione *Bedürfnis* un significato che non ci pare accettabile (stato di indifferenza, come neutrale possibilità di piacere e di dispiacere). Cfr., nel senso stesso del DÖRING: BONUCCI, *L'orientazione psicologica dell'etica e della filosofia del diritto*, Perugia, 1907, pp. 55-66 e specialm. pp. 57 e 59. Per il concetto del *valore morale*, strettamente legato a quello del *bene* (e quindi anche del *bisogno*) *morale*, si veda la interessante rassegna che delle più importanti e recenti teoriche inglesi e tedesche fa lo stesso BONUCCI, *Opera citata*, pp. 105-141.

Hanno bisogno anche altri esseri viventi (gli animali, le piante — non mai le cose inanimate); ma sono, questi, bisogni puramente organici o fisiologici (fisici, materiali), i mezzi per la cui soddisfazione dà inoltre la natura per sè medesima, non mai la natura *trasformata* mediante l'opera dell'essere che sente il bisogno, non mai la combinazione di materie e di forze. Il bisogno, come necessità, come esigenza della esistenza umana, procede dall'*istinto*: esso è una *legge naturale* dell'organismo umano, fisiologico e psichico, ed ha, come tale, una *sanzione naturale* nell'*emozione* del *piacere* e del *dolore*: la soddisfazione del bisogno genera, infatti, un *sentimento di piacere*: l'insoddisfazione di esso un *sentimento di dolore* (42). Piacere e dolore spingono l'uomo ad agire per ottenere la soddisfazione del bisogno, a procurarsi ciò che è conforme alle esigenze della propria esistenza e a respingere ciò che ad esso è contrario. Di qui lo *stimolo* o *impulso* ad agire che altro non è se non il bisogno considerato come *forza motrice*, come *propulsore* della *volontà*. Nascendo dall'istinto e poggiando sul sentimento, il bisogno, come tale, non si discute: si constata (43).

82. Ma ogni bisogno è bisogno *di qualche cosa*. Non si ha un bisogno *simpliciter*: si ha bisogno di un *quid*, di un „ *bonum* „. *Tutto ciò che può soddisfare e soddisfa un bisogno umano è un* „ *bene* „ (44). Bene può essere un *oggetto del mondo esteriore*, sia esso

---

(42) Piacere e dolore come sentimenti e modi del sentimento furono profondamente analizzati dal Romagnosi, *Genesi del diritto penale*, vol. I, Milano, 1840, §§ 486-488.

(43) Più profondamente di ogni altra ha studiato il concetto psicologico del bisogno (economico) la scuola detta appunto *psicologica* degli economisti austriaci (Menger, *Grundsätze der Volkswirtschaftslehre*, Wien, 1871; Sax, *Grundlegung der theoretischen Staatswirthschaft*, Wien 1887; Böhm-Bawerk, *Rechte und Verhältnisse vom Standpunkt der volkswirthschaftlichen Güterlehre*, Innsbruck, 1881, ecc.) ed anche la scuola economica così detta *matematica* (Pantaleoni, *Principî di Economia pura*, Firenze, 1894; Pareto, *Cours d'Économie politique*, Lausanne, 1896-1897; *Manuale di Economia politica*, Milano, 1906, fra gli italiani; e fra gli stranieri, ad es.: Marshall, *Principles of Economics*, London, 1898).

(44) Anche il concetto del bene (come quello del bisogno) è stato studiato profondamente sopra tutto nel campo della scienza economica, e non vi è trattato di economia che alla teoria dei beni non dedichi uno svolgimento particolare. V., oltre gli scrittori citati nella nota precedente e a parte, i molti altri che

una *cosa*, sia un *uomo*. Può essere un *avvenimento naturale* o una *azione o omissione* umana; una azione propria o una azione altrui; un servigio personale o un qualsiasi *rapporto di fatto* (relazione fra uomo e uomo). Bene può essere anche uno *stato individuale* (fisico o morale) della persona (p. e., la vita, la salute, la libertà, ecc.), — della persona propria o della persona altrui, di una persona o di una pluralità di persone; può essere uno *stato di fatto* (p. e., il silenzio notturno) o lo *stato di una cosa* (p. e., lo stato di chiusura di una lettera). Bene può essere un *sentimento* (p. e., la pietà) una *idea*, uno *stato*, in genere, *del mondo interiore*. Può essere ancora un *diritto* o un *rapporto giuridico* (rapporto tra persone tutelato dal diritto) (45). Bene può essere qualche cosa di attualmente esistente, di esistente nel passato o nel futuro. Breve: *tutto ciò che, esista o no attualmente, abbia esistenza materiale o immateriale, può soddisfare un bisogno umano è bene*; *bene è tutto ciò che, esistendo come realtà di fronte alla considerazione della coscienza umana, è atto a soddisfare un bisogno umano* (46). In corrispondenza ai bisogni a cui sod-

---

pur si potrebbero citare, sopratutto: NEUMANN, *Wirthschaftliche Grundbegriffe*, Gut, Wert, Preis, Vermögen, ecc., in " Handbuch der politischen Oekonomie „, hgg. von SCHÖNBERG, 3ª Auflage, Tübingen, 1890, I.

(45) Considerano i diritti soggettivi come beni (a cui si hanno interessi) anche l'OPPENHEIM, *Die Objekte des Verbrechens*, Basel, 1894, p. 41 (" ...sieht man in den subjektiven Rechten nicht rechtlich geschützte Interessen, sondern (?) rechtlich gewährleistete Befügnisse, so... auch an diesen ein Interesse bestehen kann und sie demgemäss in den Kreis der Güter hineinfallen... „) e il VON BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, Bd. I (Das Strafgesetz), Berlin, 1906, p. 22 e 23. Fra gli economisti è ormai opinione invalsa il considerare i *diritti* come *beni economici* (vedi per tutti il BÖHM-BAWERK nello studio dedicato appunto a questo argomento e da noi già citato: *Rechte und Verhältnisse vom Standpunkt der volkwirthschaftlichen Güterlehre*, Innsbruck, 1881): questa opinione si connette alla famosa questione dei beni materiali e immateriali ormai generalmente risoluta nel senso di affermare anche in questi ultimi il carattere di beni economici.

(46) La grande generalità del concetto di bene (sotto cui possono essere ricondotte le realtà più svariate che abbiano per comune denominatore il valore), è avvertita di recente anche dal VON BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, Bd. I, Berlin, 1906, § 7, p. 23: " Per bene si intende nell'uso della lingua ciò che è buono, che serve. Beni del singolo sono non solo la sua integrità personale, senza la quale egli non può vivere, non può svolgersi e perfezionarsi, e la vita stessa, ma anche tutte le cose corporali le quali stanno sotto il suo impero,

disfano, si distinguono i beni che servono a soddisfarli. Fra le molteplici possibili partizioni dei bisogni sono da un punto di vista generale interessanti per il diritto penale quelle fra bisogni *materiali* o *fisici* (o *organici* o *fisiologici*) e bisogni *immateriali o morali* (o *psicologici* o *spirituali*) [siano poi questi *intellettuali* (estetici, conoscitivi, ecc.) o *morali*, in senso stretto, e *religiosi*]; fra bisogni *individuali* (sempre privati) e bisogni *collettivi* o *sociali* (siano poi essi *privati* o *pubblici*) —: distinzioni le quali danno luogo alle corrispondenti distinzioni fra *beni materiali o fisici* e *beni immateriali o morali*, fra *beni individuali* (privati) e *beni collettivi o sociali* (privati o pubblici).

83. Il ponte di passaggio fra la nozione del bene e quella dell'interesse è dato dalla nozione di *utilità*. Utilità (*utilitas* da *uti*, usare, giovarsi) è l'*idoneità di una cosa a servire, ad essere usata, a giovare* (*utilia reperiabantur ea quibuscumque sciret aliquis uti*) (47); essa è più precisamente l'*attitudine* (e quindi anche il *grado* di attitudine) *di una qualche cosa a soddisfare un bisogno umano*.

Questo qualche cosa è appunto il *bene*. Un *quid* è un *bene* in

---

le relazioni utili con altre persone (p. es., buon nome, amicizia) e anche i *diritti*, poichè per mezzo di questi può egli far servire ai suoi scopi cose e persone (mediante servizi e lavori) (in certo modo si potrebbe anche considerare come un bene del singolo l'esistenza del diritto e dell'ordine giuridico, poichè esso garantisce al singolo gli altri beni. Ma qui domina naturalmente la concezione che si tratti di un bene della comunità). Si vede già da questa enumerazione che " bene „ può essere tanto un oggetto corporeo, che una relazione fra persone, qualche cosa di corporale o di incorporale. Ancora di più ciò si rileva quando si parla dei beni di un popolo. Lo Stato stesso ha beni reali (possesso), come li ha il singolo, e ha anche il reale possesso dei singoli, il cui patrimonio è, per lo Stato, un bene: non è affatto indifferente allo Stato che gli abitanti di una regione, gli appartenenti ad una determinata classe si trovino in bisogno; ugualmente può la vita del singolo che ha il dominio politico essere indicata come un bene dello Stato.

" Ma l'ordine giuridico stesso deve per lo Stato valere come uno dei più alti beni della comunità, e va considerato come bene per lui, come la vita del singolo, così la *sua* propria vita (vale a dire se stesso) e ugualmente deve allo Stato apparire come un alto bene il *rispetto da parte del singolo del diritto e della morale* dal quale esclusivamente sorge la prospettiva della sussistenza del diritto e della morale nello Stato, epperò della sussistenza stessa dello Stato „.

(47) Xen., *Oecon.*, versione di Strabeo, cap. VI, 4.

quanto è *utile* ed è *utile* in quanto è un *bene*: l'utilità è cioè un attributo inseparabile dei beni. Ma essa non è un *predicato di qualità*, bensì un *predicato di relazione* (48); in altri termini: essa non esprime una *qualità intrinseca e immanente* della cosa, bensì esprime un *rapporto*, un termine del quale è il *bisogno* e l'altro, un *quid* come mezzo di soddisfazione del bisogno stesso (49). Dei due termini di questo rapporto, l'uno, il *bisogno*, si riferisce al *soggetto*, l'altro, il *mezzo di soddisfazione*, si riferisce, invece, all'*oggetto*. L'utilità è dunque un *rapporto* fra un *soggetto* e un *oggetto*. Utilità non è soltanto l'utilità economica e patrimoniale e tanto meno l'utilità pecuniaria, ma anche l'utilità, il vantaggio puramente morale.

84. Ogni utilità, come *rapporto* fra un *soggetto*, che ha un bisogno, e un *oggetto*, che soddisfa questo bisogno, non può essere

---

(48) I *predicati di qualità* esprimono una proprietà immanente al subietto la quale non può esser pensata isolatamente dal subietto senza che con ciò la rappresentazione stessa del subietto subisca una modificazione. Da essi si distinguono i *predicati di relazione* per ciò che " essi, come tali, rimangono estranei alla rappresentazione del subietto e non possono essere posti in nessuna interna unità con esso „. " Damit eine bestimmte Relation von einem Ding — dice il SIGWART — in ebenso unmittelbarer Weise wie ein Benennungsurtheil ausgesprochen werden könne, ist eine complexe Anschauung vorausgesetz, in welcher zwei unterscheidbare Dinge in bestimmten Verhältnisse zu einander gegeben sind „. (SIGWART, *Logik*, Bd. I, 2ª Auflage, Tübingen, 1889, p. 66; cfr. anche: HERBART, *Schriften zur praktischen Philosophie* (hgg. von HARTENSTEIN, p. 72).

(49) Il concetto dell'utilità è stato finemente elaborato dai cultori della scienza economica. Inutili sono in proposito le citazioni; giacchè non v'è trattato di economia che non consacri un capitolo alla teoria dell'utilità. Il concetto di utilità, quale è posto dagli economisti, sebbene per parecchi riguardi più ristretto, non è tuttavia diverso da quello posto nel testo. La mancata distinzione fra *utilità* oggettiva (come vantaggio obiettivamente esistente, cioè generalmente apprezzato come tale) e *utilità* soggettiva o *apprezzamento* o *giudizio* dell'utilità da parte del soggetto del bisogno, porta però di solito gli economisti a non distinguere fra *utilità* e *interesse*: parola, quest'ultima, assolutamente estranea al linguaggio economico (si confronti, ad es., di recente: VALENTI, *Principii di scienza economica*, Firenze, 1906, n° 26 e 27, pp. 124-127). Ciò è, a nostro modesto parere, un difetto nella elaborazione della teorica dell'utilità, almeno quando si considerino i concetti di *bisogno*, di *bene* e di *utilità* da un punto di vista generale, comune alla Economia da un lato, alla Psicologia, alla Sociologia e al Diritto dall'altro.

pensata con esclusivo riferimento al soggetto o all'oggetto. In questo senso ogni utilità è insieme *soggettiva* e *oggettiva*: e non esiste una utilità oggettiva (le proprietà fisiologiche, tecnologiche, ecc., di un oggetto non sono utilità) (50). Ogni utilità, come *rapporto* fra un *soggetto* che ha un bisogno e un *oggetto* che soddisfa questo bisogno in tanto esiste, è una realtà *per noi*, un *esse cognitum* (e non soltanto un *esse reale*) in quanto esiste un " *giudizio* „ *di utilità*, *di valore* (valore di uso) (51): una *valutazione*. Anche in questo senso ogni utilità è utilità *soggettiva*; anzi *soggettiva* e *oggettiva* insieme; e non esiste una utilità puramente *oggettiva* (l'utilità non conosciuta, ignorata da tutti, di una cosa (conosciuta o ignorata) non è utilità). Ma noi possiamo distinguere una *utilità soggettiva* da una *utilità oggettiva* a seconda che la valutazione (il giudizio di utilità, di valore) è propria *del soggetto che sente il bisogno*, ovvero è la valutazione *media* delle valutazioni individuali di coloro che sono estranei al bisogno, che non sentono il bisogno e che giudicano, non dirò del bisogno altrui (che è un dato di fatto il quale non può essere discusso e giudicato), ma dell'attitudine di una cosa a soddisfare un bisogno altrui, previamente constatato (52). La *valutazione*, *il giudizio di utilità o di valore* (di uso) *di un oggetto* (nel più ampio senso di questa parola e cioè in contrapposto a soggetto) *in quanto parte dal sog-*

---

(50) In questo senso anche: VALENTI, *Principii di scienza economica*, Firenze, 1906, n° 26, p. 124.

(51) L'espressione " valore „ si adopera sempre nel testo nel senso di valore di uso e quindi come sinonimo di " utilità „ (parola più propria perchè meno equivoca). Ogni altro concetto di valore (valore di costo, valore di scambio, valore di affetto, ecc.) è qui escluso. Ciò sia notato una volta per sempre.

(52) La distinzione, da noi posta nel testo, fra *utilità oggettiva* e *soggettiva*, come distinzione fra *utilità* (vantaggio) e *interesse*, è nuova alla economia (cfr. nota 49) ed all'etica. Ma essa pare a noi indispensabile, se non si vuol escludere dall'una e dall'altra il concetto di *interesse* confondendolo col concetto di *bisogno* o con quello di *bene* o con quello di *utilità* o finalmente con quello di *desiderio* (volontà). Lo stesso VALENTI, *Principî di scienza economica*, Firenze, 1906, allorchè (n° 27, p. 125) esclude dalla parola *utilità* il significato di *vantaggio*, viene suo malgrado a distinguere fra utilità e interesse. Se non che quella che egli chiama *utilità* non è che l'*interesse* e quello che egli chiama *vantaggio* non è che l'*utilità* (nello stesso senso del VALENTI, già: ANTONIO SCIALOJA, *Principii di Economia Sociale*, Napoli, 1849, p. 2).

getto che sente il bisogno (*utilità soggettiva*, nel senso ultimamente indicato) è l'*interesse*. " *Interesse* „ (dal romano *inter-esse*, essere in mezzo, *id quod inter est*, ciò che è fra due cose) è appunto il *giudizio* fra il proprio bisogno e il mezzo di soddisfazione di questo bisogno, emesso dal soggetto del bisogno medesimo: o meglio il *giudizio, emesso dal soggetto di un bisogno, sull'utilità, sul valore di un oggetto (bene) come mezzo di soddisfazione del proprio bisogno; la valutazione, da parte del soggetto di un bisogno, dell'attitudine di un oggetto (bene) a soddisfare un bisogno proprio del soggetto (utilità, valore di uso)*. L'interesse è dunque un atto dell'intelligenza e il concetto di esso, come tale, è un concetto *psicologico* e quindi *soggettivo*, come il concetto del bisogno (non oggettivo, come il concetto del bene).

L'interesse non è dato soltanto dalla rappresentazione di un oggetto o soltanto dalla rappresentazione del proprio bisogno, ma dalla rappresentazione di un oggetto, di un bisogno proprio e dell'attitudine dell'oggetto a soddisfare il proprio bisogno; è la rappresentazione, che il soggetto del bisogno ha, dell'utilità, del valore di un oggetto come mezzo di soddisfazione del proprio bisogno. Non l'oggetto, come tale, ma l'oggetto " *come bene* „ viene soggettivamente rappresentato. Per ciò appunto l' interesse, meglio ancora che un'*idea* (percezione, concezione, rappresentazione), si può dire un *giudizio*: giudizio di utilità o di valore, valutazione di un oggetto da parte del soggetto di un bisogno, dal punto di vista del proprio bisogno.

85. Da ciò si vede che l'*interesse* non è il *bisogno*, nè il *bene*, nè l'*utilità*. Non è il *bisogno*, perchè si può aver bisogno di una cosa senza avervi interesse, se manca la coscienza del bisogno e la conoscenza del mezzo di soddisfazione di esso. Non è neanche il *bene*, perchè vi sono beni che noi non conosciamo, o che non riconosciamo come tali e a cui non abbiamo, quindi, interessi. Interesse non è neppure l'*utilità*, o il vantaggio, perchè noi possiamo giudicare come utili e vantaggiose cose, in realtà, per noi inutili o dannose (p. e., l'alcool per il bevitore) e possiamo giudicare come inutili o vantaggiose cose in reltà a noi utilissime e vantaggiosissime (p. es., la ricchezza, per il moralista). Anzi, si può trarre una utilità, un vantaggio da una cosa, anche senza sapere che quella

cosa esiste o che reca vantaggio (53). Bisogno, bene, utilità, sono però concetti, al concetto di interesse strettamente legati.

86. *Interesse* non è neppure il *desiderio*. Desiderio significa tendenza, appetito, aspirazione, amore (e quindi anche domanda, esigenza, richiesta); esso implica dunque la *direzione* della *volontà* verso un oggetto (bene). Desiderare una cosa equivale a volerla. Certo il desiderio nasce dal giudizio dell'utilità, del valore di una cosa, cioè dall'interesse: l'interesse è dunque lo *scopo* cioè la *causa*, il *motivo* della volontà (54), e quindi, del desiderio (55). Ma appunto per ciò se ne distingue, come lo *scopo* o la *ragione* del *volere*, si distingue dall'*atto di volere*, come l'*intelligenza* si distingue dalla *volontà*: si può infatti aver interesse a una cosa e tuttavia non

---

(53) La distinzione fra " utilità „ e " interesse „ fu intuita tuttavia dal Romagnosi, *Genesi del diritto penale*, vol. I, Milano, 1840, § 496, non ostante che in lui non esattissimo fosse il concetto dell'interesse che egli considera come il piacere e il dolore stesso in quanto agiscono su la volontà umana (*Genesi*, § 495; e v. *retro* le note 3 al nº 70 e 41 al nº 81). " Dire che l'*interesse*, egli osserva, sia la stessa cosa dell'*utile* che può derivare da una data cosa od azione, sarebbe uno scambiare due cose connesse bensì, e relative, ma fra loro *distintissime* e differenti... A parlar precisamente, l'uomo non è mosso più o meno ad agire a misura della *realità* dell'utile, cioè di quello, che le sue cagioni reali prese in sè stesse e combinate con la natura e costituzione dell'uomo possono costantemente e veramente (secondo quale accertamento di verità?) apportare di bene e di male; nemmeno a proporzione che certi combinati rapporti fisico morali possono specialmente apportare di utile agli *altri* suoi simili; nemmeno (?) a proporzione che l'uomo stesso deliberante... lo conosce più o meno *chiaramente* o semplicemente se lo può ripromettere con maggiore o minore certezza; ma bensì a proporzione che la di lui idea (l'idea dell'utile, cioè l'interesse, è dunque necessaria a determinare la volontà) solletica ed attrae con più o meno di forza la di lui sensibilità „ (Si confronti: l'*Introduzione allo studio del diritto pubblico universale* dello stesso autore, §§ 199-204).

(54) Ciò comprese anche il Romagnosi, *Genesi del diritto penale*, Milano, 1840, quando scrisse (vol. I, § 494 in fine): "... la *cagione* unica universale e invariabile delle *volizioni* e degli atti liberi dell'uomo è quello che dai filosofi appellasi *Interesse* „.

(55) Distingue conseguentemente interesse e desiderio anche il Romagnosi, *Genesi del diritto penale*, vol. I, § 495: " Perciò, a parlare esattamente, l'interesse non è la *tendenza* o il desiderio del bene e della felicità. Tale desio va bensì *congiunto* coll'interesse, ma egli propriamente n'è l'*Effetto*. Questo effetto appellasi *Amor proprio* o della felicità „.

desiderarla, cioè non volerla. Concepire l'interesse come un desiderio (SCHEY, WAGNER), significa introdurre nel concetto dell'*interesse* l'elemento della *volontà*, significa confondere lo *scopo* del volere, col *volere* medesimo, l'*intelligenza* con la *volontà*. Un errore simile, e anche più grave, per quanto autorevolissimamente professato, è quello di coloro che, nel campo della scienza economica, mentre da un lato non distinguono fra *utilità* e *interesse* dicono essere utilità (o interesse) null'altro che la *desiderabilità* (GIDE) (56) o l'*ofelimità* (dal greco: ὠφέλιμος) (PARETO) (57), e dicono perciò essere *utile*, *quello*, appunto, *che è desiderato*.

87. La distinzione fra *interesse e desiderio* porta a riconoscere il *rapporto* fra il *bisogno*, il *bene*, l'*utilità* e l'*interesse*, da un lato, e la *volontà* dall'altro: onde nasce la nozione di " fine „ cioè di " scopo „.

Ogni uomo tende naturalmente a procurarsi il piacere e ad evitare il dolore; il *bisogno* come necessità naturale dell'organismo umano fisiologico e psichico, che nasce dall'istinto e opera sotto la sanzione del piacere e del dolore, è dunque lo *stimolo*, l'*impulso* (per sè stesso cieco e incosciente) della volontà. Ma ogni *volontà* è volontà concreta, volontà *di qualche cosa* (58). Questo qualche cosa, che è voluto, è l'*oggetto* del volere, il *contenuto* della volontà. Non esiste una volontà astratta, priva di oggetto, una volontà vuota di contenuto. Ma il contenuto della volontà non può essere che ciò che reca un piacere o allontana un dolore; non può essere, dunque, che qualche cosa che soddisfi un bisogno; in altre parole: non può essere che un " *bene* „: il postulato edonistico — o il principio eudomenologico — vieta una concezione diversa del contenuto della volontà. Ma un *bene*, in tanto può essere oggetto di un atto di volere, formare il contenuto di una volontà, in quanto

(56) GIDE, *Principes d'Économie politique*, 7ª ed., Paris, Larose, 1905 *passim*.

(57) PARETO, *Cours d'Économie politique*, Lausanne, 1896, vol. I, p. 3.

(58) Questo, prima assai dello JELLINEK (cfr. retro, nº 77 e nota 27) osservava già il ROMAGNOSI, troppo spesso ignorato o dimenticato dagli scrittori tedeschi (*Genesi del diritto penale*, vol. I, § 478: " per ciò appunto che si sceglie, o si vuole, si sceglie, o si vuole, *qualche cosa* „).

sia conosciuto, *come tale* (cioè come bene) dal soggetto che vuole (59), in quanto abbia formato oggetto di un *giudizio* di valutazione da parte del soggetto volente: in altri termini: in quanto *sia oggetto* di un *interesse*. Non si vuole ciò che è utile; si vuole ciò che *a noi sembra tale*, ciò a cui abbiamo *interesse*; e si può avere interesse a cose che ci sono utili e anche a cose che ci sono dannose a seconda che vero o falso, giusto o ingiusto è il giudizio che noi facciamo dell'utilità di una cosa. Non l'*utilità*, dunque, ma l'*interesse* è il presupposto della *volontà*. L'interesse, come atto della intelligenza, come giudizio di utilità o di valore, precede dunque necessariamente sempre l'atto di volontà. E mentre l'*impulso*, lo *stimolo* primo della *volontà* è dato dal *bisogno*, la *coscienza* di quest'impulso, cioè la *coscienza del bisogno* e la *conoscenza* dell'utilità di una cosa come mezzo di soddisfazione del bisogno, è data dall'*interesse*. L'interesse è dunque la vera *causa determinante* della volontà. È il *fine*, lo *scopo*, il *motivo* o *movente* della volontà. Dunque la *volontà* — il *desiderio* — di una cosa non è la cosa stessa che si vuole, che si desidera (*oggetto*, *contenuto* della volontà = bene) non è il bisogno di questa cosa (*impulso*, *stimolo* (inconscio) della volontà), non è neanche l'*interesse* (motivo (conscio), *fine*, *scopo* della *volontà*) e tanto meno l'utilità. La volontà, il desiderio, è invece la *conclusione* di un sillogismo di cui la *premessa maggiore* è il *bisogno*, la *minore*, l'*interesse* (il giudizio di *utilità* di una cosa, il giudizio di una cosa come *bene*) [Esempio: io ho appetito (bisogno); questo pane può soddisfare il mio appetito, può saziarmi (bene, utilità, interesse); io desidero questo pane (volontà)]. Bisogno, bene, utilità, interesse, scopo sono pertanto concetti, bensì distinti, ma tuttavia inseparabili (60).

---

(59) Cfr. ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, vol. I, § 478: "... si suppone sempre sentito e cognito l'*oggetto* voluto che dà motivo alla volizione. Non è mestieri essere filosofo per comprendere che non si vuole senza *ragione* di volere „: § 480. "... La volizione è un atto dell'anima umana. Dunque l'anima deve sentire l'*oggetto* della volizione. Dunque l'*oggetto* o l'idea dell'oggetto debbe esser presente all'intelletto e muovere la volontà „.

(60) Il ricollegamento del concetto dello " *scopo* „ (fine, motivo, movente) [e quindi della volontà] ai concetti di *interesse*, di *bene*, di *utilità*, e infine di *bisogno* è, per noi, la base su cui pure unicamente è possibile costruire una sana teorica dei *motivi o moventi a delinquere*. Pur dimenticando che i concetti di

interesse, di *bene* e di *utilità* costituiscono i necessari ponti di passaggio, logico e psicologico, fra il concetto di *bisogno* e quello di *scopo*, hanno accortamente avvicinato il concetto dello scopo a quello del bisogno, per trarne una teoria dei moventi a delinquere, prima di ogni altro: ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, vol. I, Milano, 1840, § 514 e segg. e su le sue traccie in Italia: PECORARO-LOMBARDO, *Tentativo di una teoria dei moventi a delinquere* nel " Circolo Giuridico „, vol. XXVI, 1895, fasc. di agosto; IMPALLOMENI, *Istituzioni di diritto penale*, Torino, Un. Tip. Ed., 1908, p. 114 (vedi anche: *L'omicidio nel diritto penale*, Torino, 1899, p. 422 e segg.; *Il carattere dei moventi nell'omicidio premeditato*, Torino, Bocca, 1888, § 2, p. 20 e segg.).

CAPITOLO IV.

Il reato come azione dannosa e pericolosa (reato come lesione e come minaccia di beni e interessi).

88. Partizione della materia.

88. La determinazione, precedentemente fatta, del concetto del *bene* e di quello dell'*interesse*, ci apre la via a determinare anche il concetto del “ *danno* „ e del “ *pericolo* „ e quindi il *rapporto* fra il bene e l'interesse, da un lato, e il *reato*, dall'altro; a discorrere cioè del *reato* come *azione dannosa* o *pericolosa*, o, che è lo stesso, del reato come *lesione* o *minaccia di beni* e *interessi* umani. La trattazione si divide qui naturalmente in tre parti: 1° Il concetto del danno e del pericolo; 2° Il danno o il pericolo immediato o diretto risultante dal reato; 3° Il danno e il pericolo mediato o indiretto risultante dal reato.

§ 1. — *Il concetto del danno e il concetto del pericolo.*

89. Il concetto del danno nei varî rami del diritto. Il concetto del *danno civile* o *privato* e le sue varie definizioni. Inapplicabilità di esse nel campo del diritto in generale e del diritto penale in ispecie. Inesattezza di esse, anche dal punto di vista del diritto privato. — 90. Il concetto del danno è un *concetto giuridico generale*. Aspetto *giuridico*, aspetto *sociologico* (particolarmente *economico*) e aspetto *psicologico* della nozione del danno. — 91. — Definizione del concetto (psicologico, sociologico e giuridico) del danno. Causa del danno. Il danno risultante da un'azione umana. — 92. Danno e lesione. Impossibilità di distinguere l'uno dall'altra: identità e corrispondenza di questi concetti. La distinzione fra *danno effettivo* e *danno potenziale*. Sua inesattezza. Ogni danno è danno effettivo: il c. d. danno potenziale o è un danno effettivo parziale o è un pericolo di danno. La distinzione fra *danno* e *pericolo*, unica possibile distinzione. *Danno potenziale* o *possibile* e *pericolo*, concetti e termini equivalenti. — 93. Il concetto del *pericolo*. Sua importanza nelle varie teorie del diritto pe-

nale. Rapporto fra il concetto del pericolo e quelli di possibilità e di probabilità. — 94. La *teoria subiettiva del pericolo*. Opinioni dello Janka e del Finger (in nota: altri seguaci della teoria subiettiva). — 95. La *teoria obiettiva del pericolo:* I. von Kries, Haelschner, Merkel, Oppenheim, Liszt, Meyer (in nota: altri seguaci della teoria obiettiva). — 96. Possibilità e pericolo. Determinazione del concetto di possibilità e di probabilità. Possibilità e causalità. Esistenza della possibilità e legittimità scientifica del suo concetto. Il giudizio di possibilità: possibilità *obiettiva* e *subiettiva*. — 97. Il concetto del pericolo come possibilità (o probabilità) del danno. Il giudizio sul pericolo: pericolo *obiettivo* e *subiettivo*. Pericolo prossimo e remoto. Pericolo astratto e concreto. Causa del pericolo. Il pericolo risultante da una azione umana. — 98. Pericolo e azione pericolosa. Pericolo e minaccia. Pericolo e timore. — 99. Il pericolo *effettivo*: sue specie: pericolo passato (corso) e presente (attuale, imminente). — 100. Il pericolo *potenziale* o *eventuale* come possibilità o probabilità di pericolo (pericolo di un pericolo). È sempre *futuro*. Non è meramente *appreso*. Distinzione dal pericolo effettivo. Il giudizio su la possibilità del pericolo. — 101. Pericolosità del fatto e pericolosità della persona. Pericolosità della persona e temibilità.

89. Come del bene e dell'interesse, così del “ danno „ si parla continuamente nella scienza del diritto. Se ne parla nel campo del diritto penale, a proposito del reato e della responsabilità, penale o civile, nascente dal medesimo; se ne parla nel campo del diritto privato, civile e commerciale, a proposito del delitto o quasi delitto civile e della responsabilità (per colpa), che da essi deriva, ed anche a proposito della così detta responsabilità senza colpa, non che dell'indebito arricchimento, degli atti ad emulazione, dell'abuso del diritto, ecc. Se ne parla nel diritto pubblico interno a proposito, p. e., delle responsabilità dello Stato e degli enti pubblici per fatti leciti o illeciti, a proposito della responsabilità disciplinare del funzionario verso lo Stato, nel diritto processuale, civile e penale, e anche nel diritto internazionale (a proposito, p. e., della responsabilità internazionale dello Stato). Ma che s'intende per “ danno „ da un punto di vista generale comune a tutto il diritto e anche al diritto penale? In verità gli autori a questa domanda non han l'abitudine di rispondere. Se anche tentano di rispondervi essi non ci forniscono, per lo più, del danno che un concetto unilaterale e ristretto, il concetto, cioè, non già del danno, e di ogni danno, in generale, ma di quel particolar danno che va sotto il nome di *danno civile o privato*, che ora, su le traccie del diritto romano, si definisce come *la privazione o diminuzione del patrimonio*, inteso questo per lo più in senso, non economico, ma giuridico (*damnum ab ademptione et quasi deminutione patrimoni*) (1), ora come la *lesione di un*

(1) l. 3, *Digesto, De damno infecto*, XXXIX, 2.

diritto subiettivo patrimoniale, ora, più genericamente, come la *lesione di un diritto subiettivo* (patrimoniale o non patrimoniale) (2). Che questi concetti non siano applicabili a tutti i danni di cui nel campo del diritto in genere e in particolare poi nel campo del diritto penale si parla, risulta evidente sol che si pensi che vi sono danni che non consistono affatto in una *privazione o diminuzione del patrimonio* nè giuridicamente nè economicamente considerato, danni, cioè, non patrimoniali, ma invece puramente morali (immateriali, ideali) (3), ed esistono danni che non consistono affatto nella *lesione di un diritto subiettivo*, sia esso patrimoniale (danno patrimoniale) o anche non patrimoniale (danno morale), ma invece nella lesione di un semplice *interesse*, bensì protetto giuridicamente, ma non nella forma di un diritto soggettivo (4). Ma c'è di più. Nemmeno dal punto di vista del diritto civile o privato in genere, per cui pure esse furono elaborate, queste nozioni del danno possono dirsi esatte ed accettabili. Esse hanno invero il torto comune di dimenticare che il danno — s'intende il danno *civile* o *privato* di cui qui discorriamo — prima ancora di essere un *danno giuridico* — è un *danno economico* (il così detto danno *materiale* (o anche naturale), in contrapposto al danno *giuridico*) e il concetto di esso, prima ancora di essere un concetto giuri-

---

(2) Per quest'ultimo concetto: Brunetti, *Il delitto civile*, Firenze, 1906, § 7, pp. 15-16; Ferrini, *Delitti e quasi delitti* nel *Digesto Italiano*, n° 136; *Diritto penale romano*, Milano, Hoepli, 1899, p. 156 e segg.; *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, Milano, Soc. Ed. Libr. 1902, p. 72 e segg.; e anche Filomusi-Guelfi, *Enciclopedia Giuridica*, Napoli, 1904, § 76, p. 332, nota 1: "...in senso generale danno è l'elemento obiettivo della *trasgressione o violazione del diritto*; ed in rapporto al subietto leso è la *lesione del diritto subiettivo* (la vita, l'integrità del corpo, l'onore, ecc.) ".

(3) Volendo applicare al campo del diritto penale la definizione romana del danno, il Carmignani, *Elementi di diritto criminale*, Napoli, 1854, § 119, p. 39, dopo aver detto che " il danno consiste in ogni privazione o diminuzione del nostro patrimonio ", è costretto a soggiungere: " Il patrimonio considerato qui in senso politico è tutto ciò che al cittadino venne o dalla natura (?) o dalla società medesima compartito come mezzo legittimo al conseguimento della di lui felicità ".

(4) Cfr. Rocco, *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari*. Napoli, 1906, pp. 174, 273, 275.

dico (di diritto privato), è un concetto *economico* (5), come sono concetti *economici*, prima ancora di esser giuridici, i concetti di *beni*, di ricchezza e di patrimonio (6). Ma anche inteso il danno civile o privato in senso giuridico, e non economico, male lo si definisce dicendolo una *lesione di diritto*. Il concetto di danno, anche civile o privato, non è punto necessariamente legato a quello di *lesione di un diritto*: 1° perchè vi può essere anche nel diritto privato, e specialmente poi nel diritto pubblico, un *danno giuridico civile o privato* che non consiste nella lesione di un diritto soggettivo, ma invece nella lesione di un interesse protetto giuridicamente, ma in forma diversa da quella del diritto soggettivo (7); 2° perchè la lesione del diritto subiettivo (e obiettivo) non è che una *forma* (concetto formale), mentre il danno è la *sostanza*, la *materia* che quella forma riveste (concetto sostanziale) (8); 3° perchè la lesione *del diritto* (subiettivo e obiettivo) è ciò che dà al danno la qualità di danno *giuridico* ed è quindi il modo con cui, *giuridicamente*, si può recare un danno, mentre il danno è il *risultato*, l'*effetto* della azione (o omissione) che viola il diritto (9) (lesione dell'*interesse* che costituisce lo *scopo* della

---

(5) In questo senso vedi già la mia: *Riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, p. 274 e così pure: Forti, *Contributo alla teorica della responsabilità della pubblica amministrazione* in *Studi e questioni di diritto amministrativo*, Torino, Bocca, 1906, p. 251.

(6) Cfr. Neumann, *Wirthschaftliche Grundbegriffe: Gut, Wert, Preis, Vermogen*, in " Hdb. d. polit. Oekonomie ", hgg. v. Schönberg, *Volkswirthschaftslehre*, I, 3ª Aufl., Tübigen, 1890, p. 133 e segg., 160 e segg. Cfr. anche: Birkmeyer, *Das Vermogen im jurist. Sinne*, Erlangen, 1879, p. 105.

(7) Per esempio, secondo alcuni (pei quali non esistono *diritti* di personalità) il danno alla vita, alla salute, all'onore, ecc., in quanto dà luogo a un obbligo di risarcimento; e, secondo tutti, i danni arrecati dallo Stato ai così detti " *interessi* " (*semplici, occasionalmente protetti e legittimi*) non costituenti *diritti soggettivi pubblici* del cittadino verso lo Stato (questi ultimi danni, tuttavia, non sono, secondo il nostro diritto, risarcibili).

(8) Cfr. Rocco, *Riparazione*, p. 274. Anche il Forti, *Contributo alla teoria della responsabilità*, ecc., p. 252, n. 90, dice che la violazione del diritto è un concetto *formale*.

(9) Lo stesso Ferrini, *Danni* in *Enciclopedia Giuridica*, n° 102, riconosce che " neppure il concetto di *lesione di diritto* rimane ove si levi l'elemento del danno poichè... e precisamente mediante il danno che il diritto vien leso ".
Vedi anche la mia: *Riparazione*, p. 275 e Minozzi, *Studio sul danno non patrimoniale* (danno morale), Milano, Soc. Ed. Libr., 1901, p. 91.

volontà e quindi l'elemento materiale del diritto soggettivo) (10); 4° perchè, come vi può essere un danno recato *mediante la lesione di un diritto altrui* (*damnum injuria datum*) così vi può essere un danno recato *nell'esercizio di un diritto proprio* (*damnum jure datum*) e anche un danno recato fuori della violazione del diritto altrui e dell'esercizio del diritto proprio (p. e., il danno non imputabile, il *damnum fatale* che talvolta produce anche conseguenze giuridiche) (11). Tanto meno è poi esatto definire il concetto del danno, anche civile o privato, come la *lesione di un diritto soggettivo* " *patrimoniale* ", quando non solo nella scienza morale e nella scienza economica, e non solo nel campo della scienza del diritto in generale, ma nel campo stesso del diritto privato, può parlarsi e si parla di interessi *morali* e di danni *morali* (12).

90. La verità è che il concetto del danno, come concetto *giuridico* (danno in senso giuridico, danno giuridico), è proprio non soltanto del diritto privato, civile e commerciale, non soltanto del diritto pubblico interno (costituzionale, amministrativo, processuale, ecc.) o internazionale, non soltanto del diritto penale, ma è un concetto comune a ogni branca del diritto e quindi un concetto giuridico generale, un *Grundrechtsbegriff*, come dicono i Tedeschi. La verità è inoltre che, prima ancora di essere un concetto *giuridico*, il concetto del danno è un concetto *sociologico* e, in quanto si abbia particolare riguardo al danno *civile* o *privato*, un concetto, più particolarmente, *economico*; e deve essere indagato come tale prima ancora di essere indagato come un concetto giuridico, o quanto

---

(10) Anche il Degenkolb, *Der spezifische Inhalt des Schadenersatz*, Freiburg, 1889, Estratto dall' " Archiv f. d. civil. Praxis ", Bd. LXXVI, fascicolo 1°, p. 51 e segg., separa energicamente il concetto del danno da quello di *lesione di un diritto*: cfr. p. 52: " Der Schaden ist weder selbst Rechtsverletzung noch in Entstehung, Dasein, Gehalt durch ein " verletztes Recht " bedingt gegeben oder begränzt "; p. 66: " Der Begriff des... Schadens ist ein durchhaus *praktischer*, er ist kein formaler Begriff, und er kann diese Eigenschaft um so reiner bewahren, als er sich völlig unabhängig zu dem der Rechtsverletzung verhält ".

(11) Così in materia di assicurazioni, specialmente nelle assicurazioni contro gli infortuni del lavoro.

(12) Cfr. Rocco, *Riparazione*, pp. 273, 274, 275, 276.

meno al tempo stesso in cui lo si indaga come concetto giuridico. La verità è, infine, che il concetto del danno, oltre e prima ancora di essere un concetto sociale, è, appunto perchè sociale, un concetto altresì *psicologico*, e come tale può esser fissato anche fuori dei rapporti sociali, benchè sempre con riferimento a una persona umana, ad un uomo. Noi dobbiamo dunque qui stabilire il concetto *psicologico* e *sociale* del danno e al tempo stesso il concetto del danno in senso giuridico, quale trova applicazione in ogni ramo della scienza del diritto.

91. Da questo punto di vista noi possiamo, in primo luogo, dire che il *danno* (o nocumento o pregiudizio) è *tutto ciò che può recare e reca dolore alla persona umana*, *all'uomo* (solo analogicamente si parla di danno proprio delle cose inanimate o di esseri umani non più senzienti (l'uomo, dopo la morte) e impropriamente del danno di esseri senzienti che non sono uomini). Ma il *dolore* non è che l'antitesi, il contrapposto del piacere (13): danno può dirsi dunque anche *ciò che toglie o diminuisce all'uomo i mezzi del piacere* (14). E poichè la soddisfazione dei bisogni umani reca piacere, e reca dolore la loro insoddisfazione, *danno* è anche *ciò che produce l'insoddisfazione, totale o parziale, di un bisogno umano*, *che toglie*, *in tutto o in parte, un mezzo di soddisfazione di un bisogno umano.* Ma i mezzi di soddisfazione dei bisogni umani si chiamano *beni*. Danno è dunque anche *ciò che toglie o diminuisce alla persona un bene della vita*: e poichè ciò che toglie o diminuisce un *bene* è un " *male* ", danno è, in questo senso, sinonimo di male (15). Ma l' attitudine di qualche cosa a soddisfare un bisogno, non è che l'*utilità*. Danno è dunque *la privazione o diminuzione di una utilità*. Ma ciò che è

---

(13) Solo una concezione *pessimistica* del mondo e della vita (Schopenhauer, *Die Welt als Wille und Vorstellung*; *Ueber die Grundlage der Moral*; *Parerga und Paralipomena*; *Die beiden Grundprobleme der Ethik*: edizione del Brasch, Lipsia, 1891) può definire il piacere come la negazione del dolore.

(14) Bene così anche il Romagnosi, *Genesi del diritto penale*, Milano, 1840, vol. I, § 22: " Per nocivo o per dannoso io intendo qualunque cosa atta a recar dolore o a toglier i mezzi del piacere ".

(15) Concepisce il *danno* come un " *male* " particolarmente il Rossi, *Traite de droit pénal*, Bruxelles, 1843, livre II, chapitre II (*Du mal produit par le délit*), p. 174 e segg.

utile, ciò che è un *bene*, non può non essere *oggetto* di un *interesse* umano. Danno è dunque ciò che produce l'insoddisfazione, l'inappagamento, totale o parziale, di un *interesse* umano (16). Il danno può dunque genericamente dirsi: " *tutto ciò che produce la perdita o la diminuzione di un bene, il sacrificio o la restrizione di un interesse umano* „. E quindi danno, in senso giuridico, o *danno giuridico*, è " *la sottrazione o la diminuzione di un bene, il sacrificio e la restrizione di un interesse altrui garantito da una norma giuridica, sia obiettivamente, rispetto al soggetto (interesse o bene giuridico), sia subiettivamente, nella forma di un diritto soggettivo a lui conceduto mediante il riconoscimento giuridico della volontà individuale (sua o di altri) che quell'interesse prosegue* „ (17).

Ma che cosa può produrre la perdita o sacrificio o privazione, la diminuzione o restrizione o limitazione di un bene e di un interesse umano? Non può essere che la materia, e non la materia *inerte* (18), ma la materia in quanto è sottoposta alle leggi fisiche del moto, in quanto è forza o energia: quindi: una forza fisica o meccanica. Danno è quindi la perdita o diminuzione di un bene in quanto è il prodotto, il risultato di una forza fisica o meccanica, in quanto è l'effetto di una causalità fisica o meccanica (19).

---

(16) Anche secondo il Bunger, *Ueber Handeln und Handlungseinheit als Grundbegriffe der Lehre vom Verbrechen und von der Strafe* nella " Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft „, Bd. VIII, p. 667, danno è " *Interessenverletzung* „ vale a dire: *Wertminderung oder Wertzerstörung.*

(17) Cfr. Rocco, *Riparazione*, p. 275: v. anche pp. 174, 273, 274, 275, 276. Cfr. anche Forti, *Responsabilità della pubbl. amm.*. p. 251: danno = " effettiva sottrazione o diminuzione di un bene „ (meglio: di un bene giuridico); Minozzi, *Studio sul danno non patrimoniale*, Milano, 1901, p. 22: danno = " la diminuzione o la sottrazione di un bene o di un complesso di beni e di utilità „ (qui pure senza la necessaria aggiunta del predicato " giuridico „).

(18) Anche la *legge di inerzia*, del resto, si riduce alle leggi del moto, perchè significa che nessuna modificazione nel mondo esteriore può compiersi se non interviene a produrla una causa e quindi una forza o energia. Cfr. Schopenhauer, *Ueber die vierfache Wurzel des Satzes vom zureichenden Grunde*, cap. IV, § 20, e Del Vecchio, *Il concetto della natura e il principio del diritto*, Torino, Bocca, 1908, p. 24, nota 1.

(19) Cfr. Romagnosi, *Genesi del diritto penale*, vol. I, § 574: " se il sentimento di ogni *pena* e il sentimento di ogni *danno* non possono essere che un *dolore* fisico o morale di chi soffre e l'una e l'altro, per cui eglino si appellano *mali*; egli è pur vero inoltre che ogni pena ed ogni danno considerato nelle *leggi*

Ma il prodotto, il risultato di una forza fisica o meccanica, l'effetto di una causalità fisica o meccanica, non può essere che un *cangiamento* della materia (non mai una *creazione* o *distruzione* della materia, perchè in natura nulla si crea e nulla si distrugge) (20): dunque: una *modificazione del mondo esteriore*. Danno è dunque la *modificazione del mondo esteriore che produce la perdita o la diminuzione di un bene o di un interesse umano*. Ma forze fisiche atte a cagionare modificazioni nel mondo esteriore possono essere così le forze *della natura*, le forze *naturali*, che le forze animali e la forza dell' uomo, fisicamente considerato (21): il danno, dunque, può essere tanto il risultato di un fatto naturale o di una fiera, come il risultato di un fatto umano, di una azione. Danno è pertanto la perdita o la diminuzione di un bene, il sacrificio o la restrizione di un interesse umano in quanto è il risultato (modificazione del mondo esteriore) di un avvenimento naturale o del fatto di un animale o del fatto dell'uomo.

Ma il *fatto dell'uomo* in tanto è tale, e si distingue dagli avvenimenti prodotti dalle forze naturali e dalle fiere, in quanto, oltre ad essere il risultato di un moto corporeo o muscolare dell'uomo,

---

con cui si eseguiscono e nelle *cagioni* loro non possono essere che cose puramente *fisiche*. Sono *mezzi* fisici di dolore e di afflizione, ma sono azioni della materia „.

(20) Il postulato della indistruttibilità della materia e della energia sta a base di tutte le scienze fisiche, come la legge stessa della causalità: cfr. Wenkr, *Ueber die Entwickelung unserer mechanischen Naturanschauung im neunzehnten Jahrhundert*, Strassburg, 1900, p. 6; Ostwald, *Vorlesungen über Naturphilosophie*, 3ª Aufl., Leipzig, 1905, pp. xiv, 158, 296; Del Vecchio, *Il concetto della natura e il principio del diritto*, Torino, 1908, p. 24. nota 1, e gli altri autori *ivi* citati. Cfr. nel senso del testo, ma senza il dovuto riguardo al postulato, di cui sopra, Romagnosi, *Genesi del diritto penale*, vol. I, § 564: “ Al solo moto... debbonsi i cangiamenti, le modificazioni, gli effetti della materia. Mercè di lui solo tutto ciò che esiste nel seno degli elementi, si produce, si altera, si accresce e si distrugge „.

(21) Cfr. Romagnosi, *Genesi del diritto penale*, vol. I, § 563: “ L'uomo essere *misto* non può aver *rapporto* con l'universo e colle sue parti se non mediante la sua parte fisica. Egli quindi non può riceverne e trasmetterne *azione* se non col mezzo della propria macchina e degli esseri che la movono e ch'ella move. *Fisico* è dunque il *commercio* che passa fra l'uomo e la natura ed altresì fra *uomo* ed *uomo*; poichè fra le anime umane è impossibile un contatto *immediato*. La macchina vi sta frammezzo „.

è il prodotto di una *determinazione di volontà* umana. Anzi, vi sono fatti umani che non consistono affatto in un volontario movimento corporeo, ma consistono invece in una determinazione negativa di volontà, nella mancanza di un volontario moto corporeo produttivo di un risultato (inazione, omissione). Il fatto dell'uomo, o atto, o *azione umana*, è dunque la *volontaria produzione* (azione positiva, azione in senso stretto) o *il volontario non impedimento* (azione negativa, inazione, omissione) *di un risultato (modificazione del mondo esteriore)* (22): e il *danno*, considerato come *effetto* di una *azione o omissione* umana, è quel *risultato* medesimo (modificazione del mondo esteriore) in quanto produce la perdita o la diminuzione di un bene, il sacrificio o la restrizione di un interesse umano.

Noi possiamo dunque definire il danno prodotto da una azione umana come la perdita o la diminuzione di un bene, il sacrificio o la restrizione di un interesse che è il risultato di una determinazione e manifestazione obiettiva di volontà umana; e poichè il reato è una azione umana (azione positiva o omissione), possiamo definire il danno derivante dal reato come una *modificazione del mondo esteriore* (risultato) *volontariamente cagionata o non impedita*

(22) Sul concetto di " azione ", nella determinazione particolare del quale non possiamo qui entrare, si veda specialmente fra i più antichi e tralasciando i molti che pure si potrebbero citare: Zitelmann, *Irrtum und Rechtsgeschaft*, Leipzig, 1879, p. 25 e segg.; Lammasch, *Handlung und Erfolg*, nella " Grunhut's Zeitschrift ", Bd. IX (1882), p. 221; Liszt, *Rechtsgut und Handlungsbegriff*, nella sua " Zeitschrift ", Bd. VI (1886), p. 663; Busser, *Ueber Handeln und Handlungseinheit*, nella " Zeitschrift ", citata, Bd. VIII (1888), p. 520 e segg.; 601 e segg.; fra i più recenti: Liepmann, *Einleitung in das Strafrecht*, Berlin, 1900, p. 19 e segg.; M. E. Mayer, *Die Schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht*, Freiburg, 1901, p. 16 e segg.; Höpfner, *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, Bd. I, Berlin, 1901, p. 112, nota 5; Eltzbacher, *Die Handlungsfähigkeit*, Berlin, 1903, p. 78, e particolarmente: Radbruch, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Berlin, 1904, specialm. p. 140 e segg.; vedi ancora: Bierling, *Juristische Principienlehre*, Bd. III, Freiburg, 1905, p. 16. Fra gli italiani cfr.: Rosmini, *Filosofia del diritto*. Intra, 1865, vol. I, p. 132; Stoppato, *L'evento punibile*, Padova, 1898, cap. V, *passim*; Civoli, *Manuale di diritto penale*, Milano, 1900, ni 107-109, p. 314 e segg.; Del Vecchio, *Il concetto del diritto*, Bologna, 1906, p. 10 e segg.; Vanni, *Filosofia del diritto*, Bologna, 1904, p. 115 e segg.; Bonucci, *L'orientazione psicologica dell'etica e della filosofia del diritto*, Perugia, 1907, p. 305 e segg.

(azione o omissione), *la quale produce la privazione o la limitazione di un bene, il sacrificio o la restrizione di un interesse umano.*

Da ciò si vede: 1° Che il danno derivante dal reato può consistere tanto nella *perdita* (o privazione o sottrazione o sacrificio) di un bene e di un interesse umano, quanto nella *diminuzione* (o limitazione o restrizione) del bene e interesse medesimo; 2° Che esso non sta esclusivamente nella perdita o diminuzione di un bene, nel sacrificio o nella restrizione di un interesse, ma insieme in una *modificazione del mondo esteriore* derivante, come *effetto o risultato*, da una manifestazione (o estrinsecazione) di volontà umana (risultato, effetto dannoso = danno); 3° Che il danno — come si esprime il Romagnosi — " non è un attributo, una qualità dell'atto criminoso considerato in chi lo commette, anzi è per lui un *bene*, ma bensì egli è un effetto esterno a lui, poichè va a recar guasto agli oggetti utili altrui, ed un effetto tanto *distinto* e *diverso* dall'atto del delinquente, quanto è distinta e diversa la persona che commette il delitto da quella che ne rimane lesa (23).

92. Ma se la perdita o la diminuzione del bene, il sacrificio e la restrizione dell'interesse non può scompagnarsi, nel concetto del danno (derivante dal reato), dalla modificazione del mondo esteriore per mezzo della quale esso avviene, è pur vero d'altronde che la modificazione del mondo esteriore in quanto appunto è l'" *effetto* ", il " risultato " di una obiettiva manifestazione di volontà umana in quanto cioè è *causata* (prodotta o non impedita) da una volontà umana, non può essere staccata dalla manifestazione di volontà che ne è *causa* (24).

Ma se così è, è evidente la conseguenza: ciò che, guardato dal punto di vista del paziente o soggetto passivo del reato, è un " *danno* ", guardato dal punto di vista dell'agente o soggetto attivo del reato non è che una " *lesione* ". " Lesione ", dunque, non è altro

---

(23) Romagnosi, *Genesi del diritto penale*, vol. I, § 576.

(24) Questa indissolubilità del *risultato* (e quindi del danno) dalla *manifestazione di volontà* è anche nel concetto del Carrara, *Programma*, vol. I, § 95: " La forza fisica del delitto, guardata nella *causa* o soggettivamente, ha dunque il suo elemento nell'atto corporeo... ". § 96: " La forza fisica del delitto guardata nel suo *risultato* o oggettivamente consiste nel *danno* recato all'altrui con l'azione ".

se non la *estrinsecazione* o *manifestazione obiettiva di volontà umana* (azione o omissione) produttiva di un risultato dannoso; la volontaria produzione o il volontario non impedimento di una modificazione del mondo esteriore, la quale toglie o diminuisce un bene o un interesse umano. Vano è dunque distinguere, come fanno taluni, fra " danno „ e " lesione „, affermando che il reato (a differenza del torto civile) contiene sempre una lesione, ma non sempre contiene un danno. Che il reato non contenga sempre un danno (danno immediato, diretto) è vero, giacchè vi sono reati *di mero pericolo*. Ma non per questo si può chiamar " lesione „ il pericolo, e distinguere così " lesione „ da " danno „. Lesione e danno sono tutta una cosa: il *danno* non è che la *lesione* considerata dal punto di vista della persona lesa: la *lesione* non è che il *danno* considerato dal punto di vista di chi reca il danno: ma come inseparabili sono, nel concetto del reato, la persona del paziente da quella dell'agente (25), così inseparabili, nel concetto del reato stesso, sono l'elemento del danno e quello della lesione, i quali costituiscono come i due lati, le due faccie, di un medesimo oggetto. Nè la distinzione fra " danno „ e " lesione „ diventa più esatta quando la si faccia coincidere con la distinzione, escogitata dal CARRARA, fra " *danno effettivo* „ e " *danno potenziale* „ (26). Questa distinzione (in quanto non coincida con quella fra danno e pericolo) non è, neppur essa, ammissibile. Si dice che " *effettivo* „ è il " *danno* „ " quando è realmente avvenuta la *perdita del bene* attaccato „; " *potenziale* „ " quando, sebbene non sia del tutto avvenuta, è nel risultato dell'atto esterno la *potenza* a recarla, e ne è avvenuta perciò completa la violazione di un diritto „ (27). Ma

---

(25) Cfr. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, Paris, 1863, t. I, nº 218, p. 96: " Le délit est un fait complexe. Une force d'action ou d'inaction part d'une personne: elle en atteint une autre en violation du droit et produit un résultat plus ou moins préjudiciable: c'est cet ensemble qui constitue le délit „; § 536, p. 212: " La force mise en action par l'agent est dirigée en violation du droit contre une autre personne... Il y a en effet dans le délit deux rôles: l'un actif et l'autre passif: en conséquence deux personnages: le sujet actif et le sujet passif... „.

(26) Cfr. CARRARA, *Danno potenziale*, Lucca, 1881, p. 1 e segg.: vedi anche *Programma*, parte generale, vol. I, §§ 50, 96, 97, 98, 99, 100.

(27) CARRARA, *Programma*, parte generale, vol. I, Lucca, 1871, § 96, p. 78.

è chiaro, invece, che: o l'azione umana ha per risultato la *perdita*, o anche la *diminuzione* di un *bene*, il *sacrificio* o anche la *restrizione* di un *interesse*; e allora vi ha *danno effettivo*, non già (neanche nel caso di semplice diminuzione di un bene, di semplice restrizione di un interesse) *danno potenziale*: o l'azione umana non ha per risultato la perdita, e neppure la diminuzione di un bene, non ha per effetto il sacrificio, e nemmeno la restrizione, di un interesse: e allora vi è, al più, la semplice *possibilità* o magari la *probabilità di un danno*, cioè *il semplice pericolo* (*pericolo corso*, secondo il CARRARA) (28), ma non ancora un *danno* che, lo si chiami *effettivo* o *potenziale*, è sempre concepito dal CARRARA come qualche cosa di distinto dal *pericolo* (29). Lo stesso è a dirsi quando la considerazione si trasporti su un *diritto soggettivo* e su la sua *violazione*. Poichè il diritto soggettivo, come più volte si è detto, non è che un *interesse* protetto mediante un *potere* dato dal diritto (obiettivo) alla *volontà* di un soggetto, e la sua *violazione* non è che la *lesione* (sacrificio o restrizione) *dell'interesse* che costituisce il diritto, anche qui si impone il dilemma: — O l'azione ha per risultato il sacrificio, o anche la semplice restrizione, dell'interesse che costituisce il diritto, e allora vi è *danno effettivo*, non già *danno potenziale*: il diritto è *violato*, e non soltanto *minacciato*; o l'azione *non* ha per risultato il sacrificio, e neanche la restrizione, dell'interesse che costituisce il diritto, e allora vi può essere, al più, come dice il CARRARA, " uno stato di fatto che ha ad un dato momento reso *imminente* la violazione di un diritto „ (30), cioè un semplice *pericolo di danno* (*pericolo corso*), ma non ancora un *danno*, *effettivo* o *potenziale*, diverso dal *pericolo*, e neppur quindi ancora la violazione del diritto, perchè, a detta dello stesso CARRARA, " ove è mero pericolo il diritto non è anche *violato*, ma soltanto *minacciato* „ (31). Il CARRARA stesso riconosce che nel rapporto del diritto *astratto* anche il *danno potenziale* ha sempre in sè la *effettività* della lesione „ (32), cioè è un danno effettivo; ma crede

(28) CARRARA, *Programma*, parte generale, I, § 97.
(29) CARRARA, *Programma*, parte generale, I, § 97.
(30) CARRARA, *Programma*, vol. I, § 97.
(31) CARRARA, *Programma*, vol. I, § 97.
(32) CARRARA, *Programma*, vol. I, § 98, p. 80.

di salvare la sua distinzione fra *danno effettivo* e *danno potenziale* dicendo che " questa distinzione bisogna intenderla sempre riferendo la *potenzialità* al bene materiale minacciato „ (33), cioè al " diritto concreto „, non al " diritto astratto „ (34). " Chi ingiuria — così egli semplifica — può non aver tolto l'onore all'ingiuriato perchè nessuno abbia creduto all'ingiuria, e così il danno, nel rapporto al bene materiale, è rimasto in sola *potenza*: ma pure... con la espressione ingiuriosa avente potenzialità di togliere l'onore si è avverata la *effettiva* violazione del diritto „ (35). Invece, secondo il Carrara, il danno effettivo " esige sempre..... la *reale* privazione del bene a cui il diritto attaccato si riferisce „; onde " deve essere effettiva tanto la violazione del diritto *astratto* quanto il toglimento del bene *concreto* „ (36). In altri termini o più chiaramente: al danno *potenziale*, secondo il Carrara, basta " *la sola violazione del diritto subiettivo* „: al danno *effettivo* " occorre ancora *la violazione del diritto nel suo obiettivo*, vale a dire che sia tolto il *bene* che forma l'*oggetto* del diritto „ (37). — Ma questa distinzione fra il *diritto subiettivo* (non esattamente detto *diritto astratto*) e il *bene materiale* che forma l'*oggetto* del diritto (non esattamente detto *diritto concreto*), l'uno che deve esser sempre violato, perchè esista un danno, anche *potenziale*, l'altro che deve esser *tolto*, perchè si abbia un danno *effettivo* e *solo* perchè si abbia un *danno effettivo*, non è che un ripiego che non salva affatto la distinzione fra danno potenziale e danno effettivo, quando si riconosca, come il Carrara riconosce, che *ogni danno, anche potenziale*, in quanto è *violazione di un diritto*, è *danno effettivo*. — Prima di tutto, il bene che forma oggetto di un diritto, non è sempre un bene *materiale*, ma (come implicitamente confessa lo stesso Carrara facendo l'esempio dell'*onore* nell'ingiuria) può essere in frequenti casi anche un bene *immateriale*, cioè *morale*. In secondo luogo, esso, in tanto forma l'*oggetto* di un *diritto*, in quanto forma l'*oggetto* dell'*interesse* che costituisce il *diritto*. In terzo luogo, esso non ha bisogno di esser

(33) Carrara, *Programma*, vol. I, § 98.
(34) Carrara, *Programma*, vol. I, § 98, p. 78.
(35) Carrara, *Programma*, vol. I, § 98, p. 79.
(36) Carrara, *Programma*, vol. I, § 99, p. 80.
(37) Carrara, *Programma*, vol. I, § 99, p. 80.

tolto, cioè *sottratto*, e quindi *perduto* o *sacrificato*, perchè vi sia un danno *effettivo*, bastando, a tal uopo, che esso sia soltanto *diminuito* o *limitato*, o *ristretto*. Ma, se ciò è vero, è vero altresì che: come non si può *sottrarre* o *diminuire un bene* (materiale o immateriale) senza *sacrificare* o *restringere* l'*interesse*, di cui esso è *oggetto*, così non si può *sacrificare* o *restringere* un *interesse* senza sottrarre o diminuire il *bene* (materiale o immateriale) che ne forma l'*oggetto*. E poichè " *violare un diritto subiettivo* significa nient'altro che *violare o ledere l'interesse* che lo costituisce, e violare o ledere un interesse significa niente altro che sacrificarlo o restringerlo, facile ne discende la conclusione: come non si può sottrarre o diminuire un *bene* (materiale o immateriale) senza violare il diritto subiettivo di cui quel bene è oggetto, così *non si può violare il diritto subiettivo* senza sottrarre o diminuire, *senza togliere* in tutto o in parte, il *bene*, materiale o immateriale, *che forma l'oggetto del diritto stesso*. Nè si citi l'esempio dell'onore nell'ingiuria. Certo, l'espressione ingiuriosa ha la potenzialità di togliere l'onore; certo, perchè vi sia ingiuria (ingiuria in senso stretto e diffamazione), basta questa potenzialità e non si richiede che si sia tolto effettivamente l'onore all'ingiuriato (38); onde è perfettamente indifferente che l'ingiuria sia creduta, o no. Sarebbe strano che ciò si richiedesse, mentre in realtà la parola e l'azione isolata di un solo uomo, anche ripetuta nel tempo, non può riescir quasi mai a togliere, e talvolta neppure a diminuire, il buon nome di un altro (39). Ma appunto perchè all'ingiuria basta la mera potenzialità della parola o dello scritto ingiurioso di togliere, anche soltanto parzialmente, l'onore, e non è necessaria l'effettiva privazione, sia totale,

---

(38) Argomenta specialm. dall'art. 393 cod. pen.: " fatto determinato *e tale da esporla* (la persona) al disprezzo e all'odio pubblico o da offenderne l'onore o la riputazione ".

(39) In questo senso, e anzi esagerando fino al punto di ritenere inviolabile il bene dell'onore: STRYK, *Eines christlichen Icti Bedenken von Injurien-Processen* nelle " Opere ", Firenze, 1840, vol. XIII, col. 1024: " Se si pongono a base le premesse considerazioni diventerà facile il giudicare se una persona privata possa togliere ad un'altra l'onore mediante parole o fatti ingiuriosi. La soluzione negativa non può essere dubbia ": GLOBIG e HUSTER, *Abhandlung von der Krim. Gesetzgebung* (BERNER, *Preisschrift*, 1777), p. 263: " ...solamente tutto il popolo e non l'azione isolata di un uomo può togliermi il mio buon nome ".

sia pur soltanto parziale, dell'onore medesimo; ciò vuol dire che al reato di ingiuria non occorre, secondo la legge, un *danno effettivo*, ma basta un semplice *pericolo di danno*; non occorre una *effettiva lesione* o *violazione del diritto* (c. d. diritto all'onore), ma basta la semplice *minaccia* del diritto medesimo. Non è, dunque, vero che " con la espressione ingiuriosa avente potenzialità di ledere l'onore si è avverata l'*effettiva* violazione del diritto ". Quello che si è avverato è la semplice *minaccia* del diritto, non già la sua *violazione*. Nè, per la perfezione del delitto di ingiuria, si richiede di più (*delitto formale*, secondo il Carrara, in contrapposto al *delitto materiale*, o meglio (poichè il così detto delitto formale ha, anch'esso, un contenuto materiale: la minaccia di un bene o di un interesse) delitto di pericolo in contrapposto al delitto di danno).

Concludendo: una distinzione fra *danno effettivo* e *danno potenziale*, come qualche cosa di distinto dal pericolo, non è possibile, appunto perchè non è possibile una distinzione fra danno potenziale e pericolo di danno. Il così detto danno potenziale del Carrara non sta in contrapposto nè al danno effettivo nè al pericolo di danno (pericolo corso) ma è l'uno o l'altro, a seconda che la *potenzialità di produrre la perdita totale, reale ed effettiva, del bene* si riferisce ad una *azione* che ha già avuto il risultato di *diminuire* il bene medesimo, senza tuttavia toglierlo del tutto (danno *parziale*, danno *limitato*), ovvero si riferisce ad una *azione* che non ha nemmeno avuto ancora il risultato di *diminuire* il bene medesimo (mancanza assoluta di danno) ma ha solo " reso imminente la perdita o la diminuzione del bene " (semplice pericolo, c. d. pericolo corso del Carrara). Il così detto danno potenziale, perciò, o è un *danno effettivo parziale* o un *pericolo di danno*. Fra il danno effettivo, totale o parziale, e il semplice pericolo di danno, non vi è dunque posto per il danno potenziale (40). *Tertium non datur*. Chè se al pericolo di danno si vuol dare il nome di danno potenziale e al danno, quello di danno effettivo, noi possiamo anche trovare queste espressioni esatte ed

---

(40) Anche il Wach, *Der Festellungsanspruch*, Leipzig, 1889, pp. 52-53, dice: " Verletzung und Gefährdung sind *die beiden einzigen* Formen, in denen Rechtsgüter angegriffen und durch die der Rechtsschutz, in welcher Gestalt auch immer, begründet werden kann ".

appropriate (noi stessi le abbiamo adoperate più volte), sempre però che si riconosca che il termine " danno potenziale „ non sta a rappresentare un concetto *medio* fra il *danno* e il *pericolo*, bensì è il *concetto stesso del pericolo* in quanto è contrapposto al *concetto del danno*. Non egualmente consentiremmo, invece, a chiamar " *lesione* „ il pericolo di danno, pur lasciando al danno il suo nome, senz'altra aggiunta e qualifica, giacchè mentre il danno, come si è detto, non è che una *lesione*, il pericolo di danno, viceversa, appunto perchè *pericolo*, e non *danno*, è una " *minaccia* „, e non già una " *lesione* „.

93. Le cose dette menano naturalmente a stabilire, accanto al concetto del " *danno* „ (c. d. danno effettivo) il concetto del " *pericolo* „ (c. d. danno potenziale). Di pericolo, nel senso che questa parola ha nel campo del diritto penale, si parla raramente negli altri rami del diritto (41) (p. e., nel diritto amministrativo, in materia di polizia di sicurezza, nel diritto commerciale, in materia di assicurazioni (rischio, come elemento del contratto); più spesso se ne parla in senso diverso da quello che esso ha nel campo del diritto penale (p. e., nella massima: " agire a proprio rischio o pericolo „ (Unger), come criterio di responsabilità " senza colpa „: qui è questione non del concetto del pericolo, ma dell'onere del danno). Di pericolo si parla, invece, ad ogni istante, nel campo del diritto penale: nella definizione del concetto del reato (*pericolo* per le condizioni di esistenza della società, secondo lo Jhering) (42): del c. d. danno immediato (il quale è talvolta un danno e talvolta un pericolo) o mediato (il quale è insieme un danno e un pericolo) derivante dal reato stesso; e anche nella distinzione fra i divieti propri del diritto penale (divieti di danno o di lesione e divieti di pericolo o di minaccia) e nella corrispondente distinzione fra i delitti produttivi di danno (c. d. delitti materiali) e quelli produttivi di pericolo (così detti delitti formali): ancora nella distinzione fra delitti (reati di danno o di pericolo effettivo) e contravvenzioni (reati di pericolo eventuale): nella distinzione fra delitto perfetto (danno) o imperfetto (pericolo); nella legittima difesa, nello

---

(41) Per il diritto romano, si veda: Brinz, *Pandekten*, Bd. II, p. 153, n. 20.
(42) Jhering, *Der Zweck im Recht*, vol. I, 2ª ed., Leipzig, 1893, p. 490.

stato di necessità („ pericolo alla persona „), nei delitti contro la incolumità pubblica (o delitti di comune pericolo), come incendio, inondazione, ecc. Ma che s'intende per „ pericolo „? Il concetto del pericolo è tra i più difficili del diritto penale. Il sapere, infatti, che cosa è il pericolo, dipende dal sapere che cosa è la *possibilità* e la *probabilità*, e il sapere che cosa è la possibilità e la probabilità dipende, a sua volta, da una ricerca ancora più alta: quella cioè intorno al concetto della *causalità*, concetto il quale costituisce come il centro di gravità di ogni teoria gnoseologica e di ogni sistema di scienza e di filosofia, anche sociale e giuridica.

Genericamente, e in via preliminare può dirsi, che il pericolo non è se non „ *la possibilità del danno* „; e che cosa è il danno, noi già sappiamo. Ma che cosa è la *possibilità*? Qui è — lo si è detto — il *punctum pruriens* della questione. La scienza tedesca del diritto penale a cui esclusivamente tocca il merito di aver elaborato in proposito una dottrina, presenta intorno al modo di concepire il pericolo due grandi ed opposte correnti di opinioni: l'una che prende il nome di *teoria subiettiva*, l'altra di *teoria obiettiva* del pericolo.

94. *a*) Secondo la teoria *subiettiva*, il pericolo non è che una *rappresentazione* (idea) della mente umana, non già qualche cosa di obiettivamente esistente: è una ipotesi, non un fatto, una supposizione, non una realtà, una astrazione soggettiva, non una concreta entità.

Ogni fenomeno, così essa dice, è un prodotto della *necessità* che domina il mondo obiettivo dei fatti; esso avviene o non avviene *necessariamente*. O in altri termini: esso, in tanto avviene, in quanto doveva avvenire: in tanto non avviene, in quanto non doveva avvenire. Fra l'effettiva produzione e l'effettiva non produzione del fenomeno non vi è, dunque, posto, nella realtà obiettiva, per la possibilità e quindi per la probabilità del fenomeno stesso; perchè: o un fenomeno avviene, e allora esso era, fin dall'inizio, possibile, anche se fu riconosciuto impossibile: o non avviene, e allora esso era, fin dall'inizio, impossibile, anche se fu riconosciuto possibile.

Possibilità e probabilità non sono, dunque, esistenze reali e concrete: esse non sono che il frutto della imperfezione della natura umana, il prodotto della limitazione della mente umana che non riesce ad abbracciare tutte le condizioni o cause di un fenomeno:

esse son figlie dell'ignoranza e dell'errore, inseparabili dalla umana costituzione. E poichè il pericolo non è che la possibilità del danno, ciò che si dice della possibilità, va detto pure del pericolo: cioè che esso è qualcosa di puramente soggettivo, nulla di obiettivo (43). " Un pericolo obiettivo — dice lo JANKA — esistente come tale nella realtà, nel senso di uno stato che, di fatto, costituisce la minaccia di una lesione, ma che può ugualmente riescire inoffensivo, non esiste. Ciò che non ha danneggiato non era, fin dal principio, pericoloso, giacchè tutto ciò che avviene, avviene necessariamente, e un evento che in realtà non si è verificato (in sèguito alla influente condizionalità di tutti i fattori determinanti e ostacolanti) non poteva mai verificarsi. Per contro l'uomo non ha lo sguardo così penetrante nella realtà obiettiva da poter vedere e determinare tutte le forze e controforze nascostamente operanti, così che il timore che nel dato caso non si presentino le condizioni che si oppongono al danno, può, d'altra parte, lasciar apparire la situazione come minacciosa. Uno stato il quale porta con sè questo

(43) In questo senso, con notevole uniformità di idee: LAMMASCH, *Das Moment objektiver Gefährlichkeit im Begriffe der Verbrechensversuchs*, Wien, 1879, p. 25 e segg.; HERTZ, *Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts*, Hamburg, 1880, p. 73 e segg.; VON BURI, *Ueber den Begriff der Gefahr und seine Anwendung auf den Versuch*, nel " Gerichtssaal ", Bd. XL (1888), p. 503 e segg.; *Ueber die Begriffe des Vorsatzes und der Handlung*, nel " Gerichtssaal ", Bd. XLI (1889), pp. 408-444; *Gefahr und Versuch in der zweiten Auflage des ersten Bandes der Normen*, nel " Gerichtssaal ", Bd. XLIII (1891), pp. 321-356 (secondo il quale: " il giudizio sul pericolo è una induzione soggettiva "); FINGER, *Der Begriff der Gefahr und seine Anwendung im Strafrecht*, Prag., 1889, p. 20 e segg. (in der (Prager) " Juristichen Vierteljahreschrift ", Bd. XX (1889), p. 53 e segg.) (ove si afferma recisamente: " le circostanze che noi consideriamo pericolose, effettivamente sono causali o non causali e il risultato deve verificarsi o no "); e *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Bd. I, Berlin, 1904, pp. 104, 271; THON, *Ueber den Begriff der Verursachung*, Festrede zur Akademischen Preisverteilung, 1894 (*Blätter für Rechtspflege* in Thüringen, XLII, 1); JANKA, *Das österreichische Strafrecht*, 4ª ed., Wien, 1902, § 35, p. 55 e segg. Fra noi vedi: CIVOLI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 1900, n' 136 e 137, pp. 424-33, e particolarmente n° 136, p. 424: " .... il concetto del pericolo è tutto soggettivo... ", n° 137, p. 426: " Sebbene il pericolo non abbia una esistenza *oggettiva*... " e per la dimostrazione del concetto p. 431 (vedi però pagine 424 e 427 dove implicitamente si ammette un concetto obiettivo della possibilità o della probabilità).

timore può, da tal punto di vista, presentarsi come uno stato pericoloso, come un pericolo. In questo senso, dove la legge lo adopera, è da intendersi il concetto del pericolo (44).

E non diversamente il FINGER: " Pericolo è una situazione della realtà, la quale, sopra fondamento della esperienza, legittima la probabilità, e perciò il timore, che da essa possa derivare la lesione di un bene giuridico. L'indicazione di una situazione come pericolosa è una conclusione di cui una premessa è data dalla conoscenza di determinate circostanze e di cui la seconda premessa (maggiore) è formata dalla massima di esperienza che situazioni, come quelle che si hanno in vista, sogliono portare con sè, in una serie di casi, lesioni di beni giuridici. Il pericolo è tuttavia soltanto un prodotto della nostra ignoranza; unicamente con la nostra natura umana è data questa limitata penetrazione: in tanto il pericolo si considera come qualche cosa di reale, in quanto noi non possiamo porlo in questione per ciò che un pericolo non sarebbe esistito, ove la nostra conoscenza non fosse relegata nei limiti che di fatto le sono imposti " (45).

95. *b*) Alla teoria *subiettiva* si contrappone la teoria così detta *obiettiva* del pericolo (46). Secondo il fisiologo J. VON KRIES, che ne

---

(44) JANKA, *Das österreichische Strafrecht*, 4ª Auflage, Wien, 1902, § 35, pagine 55-56.

(45) FINGER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Erster Band, Berlin, 1904, § 52, p. 271. E a p. 101 definisce il pericolo: " una situazione della realtà dalla quale, anche senza ulteriore cooperazione umana, possono, conformemente alla esperienza, derivare lesioni di beni giuridici ".

(46) Sono fautori della concezione *obiettiva* del pericolo, pur con divergenze parziali e talora rilevanti: STÜBEL, *Ueber gefährliche Handlungen als für sich bestehenden Verbrechen*, nel " Neues Archiv f. Criminalrechts ", Bd. VIII (1825), p. 276 e segg; SCHÜTZE, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 2ª Auflage, 1874, p. 44; BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Bd. I (1ª ed., 1872), 2ª ed., Leipzig, 1890, § 48, pp. 324-326, nota 10; p. 368 e segg., specialm. p. 376 e segg.; e *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, 2ª Hälfte, 1ª Abth., Leipzig, 1901, p. 1 e segg., SCHAPER, *Gemeingefährliche Verbrechen und Vergehen* in HOLTZENDORFF's, *Handbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1874, vol. III, p. 850; WANJECK, *Ein Beitrag zur Lehre von der Brandstiftung und Ueberschwemmung nach heutigen deutschen Strafrecht*, nel " Gerichtssaal ", Bd. XXXI (1879), p. 1 e segg.; ROTERING, *Gefahr und Gefährdung im Strafgesetzbuche*, nel " Goltdammer's Archiv ", Bd. XXXI (1883), p. 266 e segg.; *Polizei Uebertre-*

è uno dei principali espositori, la possibilità, come il pericolo, sono da concepirsi non subiettivamente, ma obiettivamente. Per il Von

---

lungen, Berlin, 1888, p. 7 e segg.; *Gefährliche Gewerbe gewagte Handlungen und Erfolgsdelikte*, nel " Goltdammer's Archiv ", Bd. XLII (1894), p. 194 e segg.; 337 e segg.; *Der Gefahrbegriff im Rechts-und, Wirtschaftsleben*, nella " Juristische Vierteljahreschrift ", Bd. XXX (1898), p. 89 e segg.; ROHLAND, *Die Gefahr im Strafrecht* (1ª ed., 1883), 2ª ed., Leipzig u. Dorpat, 1888, p. 12 e segg.; *Kausalzusammenhang, Handeln und Unterlassen*, nella " Vergleichende Darstellung des Deutschen und Auslandische Strafrechts ", vol. I, Berlin, 1908, p. 355; SIEBENHAAR, *Der Begriff der Gemeingefährlichkeit und die gemeingefährlichen Delikte nach dem Reichstrafgesetzbuche*, nella " Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtw. ", Bd. IV (1884), p. 245; HAELSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, Bd. I (Bonn, 1881), p. 457 e segg.; ma specialmente: Bd. II (Bonn, 1887), § 176, p. 596 e segg.; J. VON KRIES, *Die Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung*, Freiburg, 1886; *Ueber den Begriff der objektiven Möglichkeit*, Estratto dalla " Vierteljahreschrift für wissenschaftliche Philosophie ", Bd. XII, Leipzig, 1888; *Ueber den Begriff der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht*, in " Zeitschrift für die gesammte Strafrechtwissenschaft ", Bd. IX, p. 528 e segg.; MERKEL, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889, p. 42 e segg.; LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (16ª e 17ª ed.), Berlin, 1908, § 28, p. 124; MEYER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 5ª ed., Leipzig, 1895, p. 29; OPPENHEIM, *Die Objekte des Verbrechens*, Basel, 1894, pp. 207-208 nota; LOOCK, *Der strafrechtliche Schutz der Eisenbahnen im Deutsche Reiche* (nelle VON LISZT'S, *Abhandlungen des kriminalistischen Seminars*, Bd. III, Heft 2), Berlin, 1893, specialm. p. 54-56 (e vedi *ivi* p. 33 e segg., 49 e segg. l'esposizione delle teoriche subiettiva e obiettiva); CELICHOWSKY, *Der Begriff der Gemeingefährlichkeit im Strafrecht*, Posen, 1897, §§ 1, 2, 5; BUSCH, *Gefahr und Gefährdungsvorsatz in der Dogmatik des modernen Strafrechts*, Leipzig, 1897, p. 25 e segg. (e cfr. *ivi* p. 5 e segg., 15 e segg. l'esposizione delle due opposte dottrine); FRANCK, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, 7ª Auflage, 1908, § 1, II, 3 e la giurisprudenza tedesca *ivi* citata (il quale esclude la pericolosità " normale " e ammette un giudizio di esperienza); ULLMANN, *Brandstiftung*, nella " Vergleichende Darstellung " citata, vol. IX, Berlin, 1906, p. 32 e segg. Fra noi sono fautori del concetto obiettivo del pericolo CARRARA, *Programma*, parte generale, vol. I, § 97; v. anche § 3158 (implicitamente e senza conoscenza della controversia); più recenti: BOTTI, *La nozione giuridica del pericolo* negli *Studi in onore di Carlo Fadda*, Napoli, 1905, nº 9 (dove si studia un caso speciale, senza assurgere a una vera nozione teorica del pericolo); FLORIAN, *Dei delitti contro l'incolumità pubblica*, nella " Enciclopedia del diritto penale italiano ", diretta dal PESSINA, vol. VIII, Milano, 1906, pp. 208-209 (senza sufficiente dimostrazione) (e vedi *ivi* pp. 206-207, su le traccie del LOOCK e del BUSCH una breve esposizione delle due opposte teoriche).

Kries esiste una possibilità oggettiva e quindi esiste un pericolo oggettivo. Se in certe circostanze, egli dice, un fenomeno può verificarsi, come può mancare, il fenomeno stesso è *oggettivamente* possibile. Quando si parla di possibilità oggettiva, in contrapposto alla verosimiglianza, si vuol dire che il concorso di certe condizioni non implica, nè esclude, la verificazione di un dato fenomeno che quindi si considera come oggettivamente possibile. Ma poichè *in concreto* l'aggiunta di altre condizioni a quelle cui genericamente si pensava produce necessariamente o quel fenomeno o un fenomeno diverso, è evidente che di possibilità si può parlare solo in quanto si ignorano queste ulteriori condizioni o si fa astrazione da esse (47). " Il verificarsi di un avvenimento sotto circostanze *incompletamente* determinate si dice, dunque, secondo il von Kries, *obiettivamente possibile* quando sono pensabili determinazioni di queste circostanze le quali, in conformità delle leggi che praticamente governano i fatti, avrebbero cagionato l'avvenimento „ (48). Il pericolo è, per conseguenza, secondo il von Kries, " l'*obiettiva possibilità di un evento dannoso* „ (49) o, come altrove egli dice, " una generalmente valevole *probabilità* del suo avvenimento „ (50). Esso consiste *in uno stato di fatto che contiene le condizioni* (incompletamente determinate) *di un effetto dannoso*. Di esso però può soltanto parlarsi in relazione a condizioni *generalmente indicate* le quali ammettono una pluralità di comportamenti diversi fra loro. Pericoloso è uno stato di cose *generalmente indicato* il quale rappresenta per un risultato dannoso una notevole possibilità (51). Si comprende facilmente che all'uomo può fallire il calcolo di probabilità che sta a rappresentare la causalità meccanica e quindi il criterio del *pericolo concreto nel caso singolo* (52). E poichè l'evento viene a mancare è certo che non esisteva il pericolo concreto della sua verificazione. Il pericolo

(47) Cfr. von Kries, *Ueber den Begriff der objektiven Möglichkeit* (Sep. Abd. von der " Vierteljahreschrift für wissenschaftliche Philosophie „. Bd. XII), Leipzig, 1888, p. 4 e segg. Segue in tutto il von Kries; Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Bd. I, 2ª Aufl., Leipzig, 1890, p. 324, nota 10.

(48) Von Kries, *Ueber d. Begriff d. objektiven Möglichkeit*, p. 6.

(49) Von Kries, *objektive Möglichkeit*, p. 67.

(50) Von Kries, *objektive Möglichkeit* p. 68.

(51) Von Kries, *objektive Möglichkeit*, p. 68.

(52) Von Kries, *objektive Möglichkeit*, p. 69.

dunque è attributo, non della singola azione, come tale, ma di un gruppo di azioni e delle azioni ad esso appartenenti, come tali: esso è *generale* (53).

Non molto diversamente concepisce il pericolo, l'HAELSCHNER, altro autorevole seguace della teorica obiettiva: " Della pericolosità di una azione — egli dice — può parlarsi solo nel senso che noi dalla sua natura induciamo che essa contenga le condizioni di un evento dannoso; questa induzione si rivela appunto erronea quando il risultato temuto viene a mancare, al modo stesso con cui il verificarsi del risultato dannoso dell'azione contraddice al presupposto che essa *non* sia pericolosa. Se una azione effettivamente contenga, o no, tutte le condizioni di un evento dannoso, questo ci può dire sicuramente solo il verificarsi, o il mancare, del risultato dannoso; e quando, indipendentemente dal suo risultato, e prima di esso, giudichiamo una azione come pericolosa, veniamo nel tempo stesso a confessare che noi non siamo mai in grado di prevedere se sono date, o no, tutte le condizioni dell'azione stessa (54). Ma se il pericolo è, certamente, un figlio della nostra ignoranza (*ein Kind unserer Unwissenheit*), tuttavia non è giusto il dire che l'esistenza di un pericolo si misuri puramente secondo la subiettività di colui che lo accerta. Se così fosse, se non si desse per la esistenza del pericolo alcun criterio indipendente da una variabile e incerta opinione soggettiva, certo il concetto del pericolo non potrebbe aver valore nel diritto penale; ma dovrebbe ugualmente cadere il concetto della colpa (negligenza). Il giudizio che una determinata specie di attività, sotto date circostanze, è idonea a produrre un certo risultato, certamente non è mai completamente libero dall'influsso della subiettività, bensì ogni azione preordinata a un risultato ha per presupposto che si sia in grado di astrarre dalla quotidiana esperienza del collegamento causale delle realtà, norme, in virtù delle quali si possa determinare in precedenza, con approssimativa sicurezza, il risultato del nostro operare. Se così non fosse,

(53) VON KRIES, *objektive Möglichkeit*, p. 79.

(54) Nello stesso senso un seguace della teoria subiettiva: HERTZ, *Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts*, Hamburg, 1880, p. 73. Contro di lui SICHENHAAR. *Der Begriff der gemeingefährlichkeit*, citato, nella " Zeitschrift „ di LISZT, Bd. IV, p. 245.

non soltanto sarebbe del tutto inammissibile il chiamare alcuno penalmente responsabile di una azione pericolosa la quale non ha prodotto alcun risultato lesivo del diritto, ma sarebbe anche inammissibile il punire alcuno per una colposa violazione del diritto: come non esisterebbe nessun criterio in forza del quale un'azione, prima del suo risultato, e indipendentemente da esso, potesse essere indicata come pericolosa, così non dovrebbe esistere neppure alcun criterio per ritenere che debba essere omessa, a causa della sua pericolosità, e in conformità di un obbligo, una azione che produce un risultato dannoso non voluto (55). Dal momento che noi non potremmo mai riconoscere e segnalare un dato evento come l'effetto necessario della nostra azione, ogni azione conterrebbe la possibilità di un risultato non voluto, eventualmente dannoso, e un incondizionato obbligo di evitare tali possibili risultati ci costringerebbe a rinunziare ad ogni azione. Come azione da omettersi per la sua pericolosità può, perciò, essere considerata soltanto quella che contiene la probabilità di un risultato lesivo del diritto (56), vale a dire quella mediante la quale sono poste le condizioni di un certo risultato le quali, secondo l'esperienza, si dimostrano per regola come cagionanti il risultato.

Quando pertanto la legge vieta una azione come pericolosa, essa indica le circostanze, che condizionano un risultato dannoso e da evitarsi, in modo generale, vale a dire in modo tale che le circostanze ulteriori, le quali debbono presentarsi, nel caso concreto, perchè avvenga il risultato, rimangono indeterminate, epperò rimane l'adito ad una diversa configurazione di queste circostanze ulteriori, ed è data la possibilità dell'avvenimento, come del non avvenimento, del risultato. La legge però non può vietare una azione per ciò, che con essa è data la possibilità di un risultato dannoso qualsiasi; ma può vietare soltanto una azione che porta con se la possibilità di uno o più risultati dannosi determinati; giacchè solo in relazione a un dato risultato, si possono determinare generalmente, sulla base della esperienza, le circostanze

(55) Lo stesso argomento è già in Stübel, *Ueber gefährliche Handlungen*, N. A., VIII, p. 258; e in Siebenhaar, *Der Begriff d. gemeingefährlichkeit*, p. 251.

(56) Conformi: Stübel, *Ueber die gef. Handlungen*, p. 237; Siebenhaar, *Der Begriff d. gemeingef.*, p. 248.

che lo condizionano. Il fatto che, nel caso concreto, il risultato non avvenga, che la possibilità del suo verificarsi si dimostri esclusa, non può togliere all'azione il carattere della pericolosità, perchè la natura di un caso concreto non altera il carattere generale dei casi della stessa specie „ (57).

Simile è pure il concetto del pericolo che ci fornisce il Merkel: “ Una determinata azione, egli dice, ci appare come pericolosa per dati interessi, quando essa, sotto le circostanze che vengono in considerazione da un dato punto di vista, favorisce, in notevole misura, la lesione di questi interessi, in modo tale che l' unione di questa lesione con un fatto, così condizionato, produce l' impressione del tipico, del normale, in antitesi al puramente casuale e si sottopone a giudizi immediati sopra l'efficacia di determinate forze e sopra la regolare connessione di determinati fenomeni. Non sono mai oggetto di considerazione tutte le particolarità della data situazione e tutte le circostanze determinanti nel corso concreto della realtà (per una intelligenza che vedesse chiaramente la complessità di queste circostanze non vi sarebbero azioni pericolose, ma solo azioni dannose o non dannose), ma è sempre fatta astrazione da certe particolarità. Di quali particolarità si tratti, questa è questione alla quale non si può sempre rispondere in ugual modo. Secondo il punto di vista dell' osservatore, può l' ambito delle circostanze che noi teniamo presenti nel decidere la questione della pericolosità di una azione, e di quelle da cui facciamo astrazione, determinarsi diversamente, avere un senso più ampio o più ristretto (58). L'assunzione della pericolosità a elemento di un delitto, evidentemente ha un senso solo a patto che si abbia da fare con circostanze obiettive e accertabili nel singolo caso. E così è, senza dubbio. La pericolosità di determinate azioni per determinati beni è una quantità obiettiva, la quale ammette una valutazione quantitativa, che è a portata della statistica. Ciò si è messo in dubbio, e si è detto che il giudizio su la pericolosità di una azione esprime soltanto un compor-

---

(57) Haelschner, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, Bd. II, Bonn, 1887, § 176, pp. 597-598. Cfr. anche: Rohland, *Die Gefahr im Strafrecht*, 2ª Aufl., Leipzig, 1888, p. 12.

(58) Merkel, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889, pp. 42-43.

tamento soggettivo di chi giudica, ma non riposa già su la natura oggettiva di questa azione. Questa opinione è contradetta, fra l'altro, dai metodi e dai risultati del calcolo di probabilità. Se essa fosse giusta, non si capirebbe, fra le altre cose, come la legge potesse arrivare alla punizione dei delitti colposi. Poichè questa punizione ha un senso solo sotto il presupposto che esistano azioni le quali, secondo la loro costituzione obiettiva, si possano riconoscere come pericolose e per riguardo a questa loro proprietà, si possano e si debbano evitare „ (59).

Anche l' Oppenheim si dichiara disposto a vedere nel pericolo qualche cosa di obiettivo, quantunque ritenga che subiettivo sia il concetto della possibilità (60). " Sotto l' espressione " pericolo di un oggetto „ — egli dice — è da intendersi una situazione di esso nella quale *necessariamente*, nel corso ulteriore della realtà, esso deve essere leso, se nell'obiettivo svolgimento del mondo si presentano le condizioni opportune, e nella quale è data la prossima possibilità e probabilità della presenza di queste condizioni. Chi pone un oggetto in tale situazione, lo pone in pericolo. Questa situazione, così indicata, è il pericolo: dunque, qualche cosa di obiettivo. Noi non sappiamo certo attualmente se si presentano, o no, le condizioni necessarie alla necessaria offesa. Noi possiamo solo conoscere mediante l'esperienza la prossima possibilità o probabilità della loro presenza. Se questa possibilità o probabilità è sempre qualche cosa di subiettivo, tuttavia quella situazione, nella quale un oggetto è posto mediante il pericolo, è qualche cosa di obiet-

(59) Merkel, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. Stuttgart, 1889, p. 44.

(60) Oppenheim, *Die Objekte des Verbrechens*. Basel, 1894, p. 207 nota, " Io vedo nel pericolo qualche cosa di obiettivo, non ostante che io pensi col Merkel (*Lehrbuch*, p. 43) che " per una intelligenza la quale vedesse chiaramente il complesso delle circostanze non vi sarebbero azioni pericolose, ma solo azioni dannose e non dannose „. La vivace polemica di Binding (*Normen*, I, p. 377) contro questa massima non porta nessun argomento contro la verità in essa contenuta. La considerazione scientifica del fatto materiale — tale è il reato poichè esso è un evento del mondo esteriore — può spiegarlo solo " meccanicamente „. Che, ciò non ostante, nel pericolo possa esser visto qualche cosa di obiettivo provano — per quanto io non mi accordi coi loro argomenti — J. v. Kries e Rohland, i quali sono ambedue rappresentanti di una teoria della causalità puramente meccanica „.

tivo „ (61). — Ispirate alla concezione obiettiva son pure le definizioni che del pericolo ci porgono il Liszt e il Meyer. Dice il Liszt: “ Anche il pericolo è in sè stesso un risultato, uno stato verificatosi nel mondo esteriore. Ma questo risultato riceve la sua importanza soltanto dalla sua relazione con un altro stato, che noi abbiamo in vista, che non è avvenuto e non è desiderato. Noi possiamo dire perciò: *Pericolo è lo stato nel quale, sotto circostanze determinate, e nel momento della manifestazione di volontà o generalmente riconoscibili o note soltanto all'autore — è data, secondo obiettivi giudizi, la prossima possibilità* (probabilità), *epperò il fondato timore, che la verificazione della lesione si effettui.* — La prossima possibilità che un risultato avvenga è però esclusa, se il suo avvenimento può essere impedito da circostanze la cui verificazione l'autore o ha in suo potere o può certamente attendersi „ (62). E il Meyer: “ Per pericolo è da intendere quella situazione nella quale un risultato dannoso appare come possibile; per azione pericolosa quell'azione mediante la quale questa possibilità viene prodotta o essenzialmente accresciuta „ (63).

96. Pericolo è, abbiamo detto, la *possibilità del danno*: il *danno possibile*. Per determinare dunque, anche secondo noi, il concetto del pericolo si deve partire, come fu rilevato, dal concetto di *possibilità*. Possibilità è l'astratto di possibile, e come *possibile* si contrappone a *effettivo*, così *possibilità* si contrappone a *effettività*. Effettivo (da *effectum*, *efficere*) è ciò che si è effettuato o verificato, ciò che è stato prodotto, ciò che è stato causato. I predi-

---

(61) Oppenheim, *Die Objekte des Verbrechens*, Basel, 1894, p. 208 nota.

(62) Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 16ª e 17ª ed., Berlin, 1908, § 28, p. 124, *sub* II, 3.

(63) Meyer, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 5ª ed., Leipzig, 1895, § 4, pp. 27-28, *sub* 2. E continua (p. 28): “ Da jedoch unter den Rechtsgütern sich verhältnissmässig allgemeine befinden, so gehen Verletzungen und Gefährdungen ineinander über, abgesehen davon, dass nicht selten, eine Verletzung um ihrer (weitergehenden) Gefährlichkeit willen unter Strafe gestellt ist oder eine Verletzung einen erschwerenden Umstand für die Gefährdung bildet „. E in nota (nota 25, p. 28): “ Die Frage, inwieweit den Begriff der Gefahr Realität „ beiwohnt ist durch die obige Begriffsbestimmung entschieden „ (si intende, in senso affermativo).

cati: *effettivo*, *effettività* contemplano, dunque, un *processo causale* già svolto, una *causalità* già spiegata. Essi si riferiscono sempre a fenomeni *già causati*, e, dunque, perchè già causati, *già esistenti*, e perchè *già esistenti* appartenenti al mondo del *passato* o del *presente*, non mai a quello del *futuro*. Per ragion di antitesi, dunque, solo ciò che ancora non si è effettuato o verificato, solo ciò che ancora non è stato prodotto o causato, può essere " possibile ". I predicati possibile, possibilità, contemplano, pertanto, sempre un *processo causale* non ancora svolto e compiuto, una causalità *in fieri*, cioè, nel suo divenire. Essi si riferiscono sempre a fenomeni non ancora esistenti, e perchè non ancora esistenti, appartenenti *al futuro*, non mai *al presente* e tanto meno *al passato*. Se talvolta le espressioni: possibile, possibilità, si usano in relazione a fenomeni esistiti nel passato o esistenti nel presente, ciò avviene in un senso diverso, e non proprio: *possibile* si contrappone allora a *certo* e *possibilità* a *certezza* (64): essi designano uno stadio imperfetto del nostro processo conoscitivo: una conoscenza non adeguata alla realtà: una situazione della mente che non è giunta ad afferrare un fenomeno o le cause di un fenomeno, tuttavia pienamente conoscibile, perchè appartenente al mondo della realtà, presente o passata.

Ma se solo i fenomeni non causati, e quindi futuri, sono possibili, *possibile* non significa per ciò *non causato*, come non significa causato. Altro è la *possibilità* di un fenomeno, altro il *fatto della causazione*, o *non causazione*, del fenomeno stesso. Possibile non è nemmeno ciò che *deve* causarsi, ciò che è *necessario*. Altro è la *possibilità*, altro la *necessità*, cioè la *causalità* (legge) di un fenomeno. Possibile significa, invece, *causabile*, *producibile*, *effettuabile*, *verificabile*; e possibilità: la *causabilità*, la *producibilità*, l'*effettuabilità*, la *verificabilità*. In altri termini: *possibilità* è *l'attitudine* (idoneità, capacità) *di un fenomeno non ancora causato, ad essere " effetto " di un altro fenomeno* (o di più altri fenomeni) *ad esso antecedente*; e reciprocamente: *l' attitudine di un fenomeno* (o di più fenomeni) *ad essere " causa " di un altro fenomeno, ad esso susseguente, e non ancora causato.* O più brevemente: *la potenza*

(64) Si confronti: Lucchini, *Elementi di procedura penale*, 3ª ed., Firenze, 1905, n° 120, p. 144.

causale di un fenomeno (o di più fenomeni) *rispetto a un altro fenomeno (futuro).* Impossibilità è, per contro, l'inettitudine (inidoneità, incapacità), l'*impotenza causale* di uno o più fenomeni di fronte a un altro fenomeno (futuro). Il concetto di possibilità dà anche quello di probabilità. La possibilità, infatti, non è invalutabile: essa si misura. Vi è un più e un meno di possibilità, una possibilità maggiore o minore, elevata o bassa, prossima o remota. La probabilità non è che un *grado di possibilità*: è la *prossima possibilità*; ed essa stessa è suscettibile di gradi: vi è una probabilità maggiore o minore. Per contro l'improbabilità è la minore, la remota possibilità.

Ma si è detto: non vi sono in natura che fenomeni che avvengono e fenomeni che non avvengono; e un fenomeno avviene in quanto *deve* avvenire, non avviene in quanto *non deve* avvenire. Non vi sono perciò, fenomeni possibili o impossibili, probabili o improbabili, ma solo fenomeni *necessari* o *non necessari* e che, *come tali*, avvengono o non avvengono. Possibilità e probabilità non sono che il parto del nostro errore e della nostra ignoranza.

Questo concetto è — in linea di fatto — smentito, come bene avverte il Merkel, dalla esistenza stessa di un “ *calcolo di probabilità* „ dei cui procedimenti si vale e dei cui risultamenti si avvantaggia anche la statistica e la scienza sociale. Ma anche teoricamente il dire che la possibilità e la probabilità non sono che errori, è dire nient'altro che un errore. Noi diciamo che un fenomeno, non ancora verificatosi, è possibile quando vi è, in un altro fenomeno esistente, la *potenza* o l'*attitudine a causarlo*; e diciamo che un fenomeno esistente ha potenza o attitudine di causare un altro fenomeno, non ancora verificatosi, quando l'*esperienza* ci dimostra che a quel primo fenomeno, come *causa*, suol seguire il secondo, come *effetto* di esso. L'esperienza, cioè l'osservazione sistematica dei fatti, ci dice non solo che *ogni fenomeno ha una causa*, ma anche che *un fenomeno determinato, ha una causa determinata*; e questo ci dice di ogni fenomeno: passato, presente, o futuro. Accanto alla legge *generale* o *universale* di causalità, che governa tutti i fenomeni, esistono, dunque, leggi di causalità *singole* o *particolari* governanti determinati fenomeni (65). L'una, come le altre,

(65) Cfr. Wundt, *Ueber den Begriff des Gesetzes*, nei “ Philosophische Studien „, Bd. III (1886), p. 201 e segg.

sono certo astrazioni, ma astrazioni dalla realtà, astrazioni tratte dalla esperienza, le quali, proprio perchè son tratte dalla esperienza, sono esse stesse dati dell'esperienza, sono leggi empiriche e naturali che esistono come fatti (66). E non solo queste leggi derivano dall'esperienza e sono dati dell'esperienza, ma si applicano, alla loro volta, alla stessa esperienza. Tratte dai fatti, e fatti esse stesse, esse si applicano ai fatti. Possibile è, dunque, il fatto, o fenomeno, non ancora verificatosi, il quale si trova con un altro fatto, o fenomeno, esistente in un rapporto tale che *secondo la legge di causalità che governa questi particolari fenomeni* è derivabile da esso, come *effetto* da *causa*. Possibilità è la potenza o attitudine di un fenomeno a essere *causa* di un altro fenomeno *secondo la legge particolare di causalità che governa questi fenomeni*. Il giudizio su la possibilità di un fenomeno è il risultato di un sillogismo di cui la *premessa maggiore* è la norma di esperienza (legge empirica, legge naturale) che a un determinato fenomeno (o a più determinati fenomeni), come *causa*, segue, come *effetto*, un determinato altro fenomeno; la *premessa minore* è l'esistenza di quel primo fenomeno; la *conclusione*: la possibilità del secondo (es.: quando è nuvolo, suol piovere: è nuvolo: dunque, può piovere). — La possibilità è un criterio *a priori*, non *a posteriori*: un fenomeno possibile può verificarsi, e può anche non verificarsi. La verificazione *nel caso concreto*, di un dato fenomeno, giudicato come possibile, è certo una prova della sua generica possibilità; ma non perciò la non verificazione di esso, *nel caso concreto*, è prova della sua generica impossibilità. Vera è qui la diretta, ma non è vera l'inversa; giacchè se possibile è ciò che si è verificato, *anche una sola volta*, impossibile non è quello che *una sola volta* non si è verificato, ma quello soltanto che non si è verificato *mai*. Un fenomeno, dunque, è, e resta, *possibile,* malgrado la sua non verificazione nel caso concreto, se, in circostanze, come quelle contemplate nel caso in questione, esso *normalmente, ordinariamente*, nella *generalità dei casi* si verifica. Si ha qui, infatti, una *accidentale* e *casuale* deviazione dalla legge *particolare* di causalità che governa quel fenomeno determinato nella sua relazione con un altro o con

---

(66) In senso contrario: Del Vecchio, *Il concetto della natura e il principio del diritto*, Torino, 1908, p. 20 e nota 1.

più altri fenomeni determinati: una eccezione che non smentisce, ma invece conferma la *regola* nei casi non eccettuati. Certo, anche l'irregolare, l'eccezionale, l'anormale è naturale, perchè esso avviene *in natura* e avviene *naturalmente*: ma naturalmente nel senso che avviene *secondo la legge generale di causalità* che governa tutti i fenomeni, non già nel senso che avviene *secondo la particolare legge di causalità* che governa quel particolare fenomeno di cui si tratta (si pensi, per es., al parto mostruoso). *L'irregolare*, *l'anormale* non può essere, al tempo stesso, conforme alla regola, alla norma, cioè regolare, normale. Il *non-naturale* non può essere *naturale* per la contraddizione che nol consente. Dire che il non-naturale è naturale (67) è una contraddizione in termini e un bisticcio di parole.

Se, dunque, un fenomeno, non ancora prodotto, e che appare *possibile* in quanto si giudica esistere in uno o più altri fenomeni la *potenza* di produrlo, non si verifica *nel caso concreto*, ciò non vuol necessariamente dire che mancasse a questi ultimi l'attitudine a produrlo (68) o che fosse erroneo il giudizio intorno a questa attitudine (69); ma significa soltanto che quella *potenza*, pur esi-

---

(67) " Auch das Unnatürlichste — così il Goethe (*Die Natur in Sämmtl. Werke*, ed. del Reclam, Bd. XLV, p. 41) — ist Natur „; e nello stesso senso: Bain, *Mental and Moral Science*, London, 1884, parte 1ª, p. 110; e Del Vecchio, *Il concetto della natura e il principio del diritto*, Torino, 1908, p. 26 (cfr. le citazioni *ivi*, nota 2).

(68) Così, invece, fra gli altri, Civoli, *Manuale di diritto penale*, Milano, 1900, nº 137, p. 431: " Nessun fatto che non abbia realmente prodotto un dato risultato ha attitudine alcuna a produrlo... „. Nello stesso senso, oltre i citati nel testo (Finger e Janka): Lammasch, *Das Moment objektiver Gefährlichkeit im Begriff des Verbrechensversuches*, Wien, 1879, p. 21, per cui in concreto è idoneo ogni mezzo che conduce alla meta e inidoneo quello che riesce insufficiente a farla conseguire; ed in astratto non può parlarsi di idoneità e di inidoneità perchè si tratta di concetti essenzialmente relativi dei quali non si può giudicare se non tenendo conto delle speciali condizioni che si verificano nel caso concreto (ciò che, come vedremo, è vero, ma non è probante per l'esclusione del concetto di idoneità e di inidoneità, di possibilità e di impossibilità): e in genere i fautori della teoria subiettiva del pericolo. Contro questo concetto è il testo stesso della legge (*codice penale*, art. 61: " mezzi idonei „).

(69) Così, oltre i fautori della teoria subiettiva, anche alcuni fra i seguaci della teoria obiettiva del pericolo come Hälschner e Merkel (citati nel testo

stendo non si è tradotta *in atto*; e non si è tradotta in atto per *circostanze sopravvenute* al giudizio di possibilità che hanno paralizzato l'efficienza causale di quei fenomeni, per la sopravvenuta esistenza, cioè, di altri fenomeni, posteriori al momento del giudizio di possibilità, i quali costituiscono forze uguali e contrarie alla forza causale di quei fenomeni. Certo anche le circostanze sopravvenute al giudizio di possibilità di un fenomeno, sono *condizioni o cause* del fenomeno, se hanno influito su la generazione, o non generazione, del fenomeno (*causa superveniens*); certo, anche l'assenza delle circostanze che *impediscono* la produzione di un fenomeno è *necessaria* alla produzione del fenomeno, è *causa* o *condizione* del fenomeno; certo non si può distinguere tra *causa* e *condizione* nel senso di negare alle condizioni l'efficienza propria delle cause o di riconoscere ad esse una efficacia diversa, o comunque minore, di quella che è propria delle cause: tutti i fenomeni condizionanti avendo una importanza uguale rispetto al fenomeno condizionato e nessuno potendo staccarsi dalla serie senza infrangere il nesso di causalità (70). Indubbiamente, in questo senso, se un fenomeno, che appare possibile, non si è, *nel caso concreto*, verificato, ciò vuol dire che *nel caso concreto* — si noti bene — *e nel momento del giudizio di possibilità* non esistevano tutte le condizioni necessarie alla produzione del fenomeno e che appunto alla mancanza di alcune di queste condizioni, si deve la non produzione del fenomeno, come si deve alla mancanza di queste condizioni per sè o unitamente alla aggiunta di altre condizioni la produzione di un fenomeno diverso. Certamente — e per conseguenza — intanto il fenomeno ci è apparso *in quel dato momento* come *possibile* in quanto noi ignoravamo le condizioni la cui mancanza ha prodotto la mancata generazione del fenomeno. Ma poichè al momento del nostro giudizio di possibilità, queste condizioni *non ancora esistevano*, e si sono prodotte in seguito, è anche vero che

e nelle note precedenti), contro i quali vedi: Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Bd. I, Leipzig, 1890, pp. 377-379.

(70) L'identificazione fra " causa „ e " condizione „ forma uno dei postulati della teoria *subiettiva* del pericolo, ma essa è tuttavia conciliabilissima anche con gli assunti della teorica *obiettiva*. Così (pur seguendo la teoria obiettiva del pericolo) respingono ogni differenza fra causa e condizione il von Kries, il Liszt, il Merkel, il Meyer.

noi, queste condizioni, non le conoscevamo bensì, ma *non potevamo neanche conoscerle*: onde il giudizio che quel fenomeno era possibile è bensì il *frutto della nostra ignoranza*, ma di una *ignoranza necessaria* e *fatale*. So anch'io che " per una intelligenza che vedesse chiaramente la complessità delle circostanze „ (MERKEL) — vedesse, cioè, anche le circostanze di là da venire — non vi sarebbero fenomeni possibili o impossibili, ma solo fenomeni che debbono e fenomeni che non debbono avvenire, fenomeni che avvengono e fenomeni che non avvengono. Ma sarebbe questa una intelligenza atta a divinare il futuro, una intelligenza super-umana! Dire che la possibilità è " *figlia della nostra ignoranza* „ (HAELSCHNER); che essa è un puro *ens imaginationis*, non un ente reale nè una realtà obiettiva; e dirlo, per ciò, che noi non siamo in grado di divinar l'avvenire, per ciò, che la conoscenza del futuro è " *oltre la defension dei sensi umani* „, per ciò, che la previsione umana ha dei limiti, significa convertire in ombra ogni e qualunque realtà e popolare il mondo di fantasmi e di larve! (71).

Concludendo: altro è la *verificabilità*, o *effettuabilità*, o *realizzabilità*, di un fenomeno, altro la sua *verificazione*, o *effettuazione*, o *realizzazione*: altro la *causabilità*, altro la *causazione*: quella è la *causalità in potenza*, questa è la *causalità in atto*. Fra la necessaria verificazione e la necessaria non verificazione di un fenomeno, vi è, dunque, posto per la *verificabilità* (effettuabilità, realizzabilità,

(71) Lo stesso FINGER, tratto dall'evidenza di questa constatazione e dalla prepotenza dei fatti che è più forte di ogni opinione, finisce infatti col concedere che il pericolo possa considerarsi come *qualcosa di reale* (*etwas Reales*) (cfr. op. o luogo citati *retro* testo n° 94 e nota 45). Bene osserva in questo proposito il LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 10ª ed. (Berlin, 1900) (non più nelle successive), § 28, p. 104, nota 4: " Zuzugeben ist dass der Begriff nur durch unsere in zahlreichen Fällen gegebene Unfähigkeit entsteht, den Ablauf eines Ereignisses vorherzusagen, da wir die ihn bestimmenden Umstände nicht genau zu berechnen vermögen. Aber die Erkenntniss dass wir von Gefahr nie mehr sprechen würden, wenn wir allwissend wären, darf uns nicht hindern, einstweilen den Begriff, wie in gewöhnlichen Leben so auch in der Rechtspflege, zu verwerten „. Diversamente ma esageratamente il BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Bd. I, Leipzig, 1890, § 53, p. 377: " Noch viel weniger ist der Gefährbegriff Erzeugniss unsres Irrtumes " ein Kind unserer Unwissenheit „ sondern seine Aufstellung und die Erkenntniss seiner tausendfältigen Verwirklichung bildet die wertvolle Frucht fortschreitender menschlicher Erkenntniss „.

causabilità) cioè per la *possibilità* — e quindi anche per la probabilità — del fenomeno stesso. La possibilità, come la probabilità, ha una esistenza *obiettiva*, è un *ens reale*, un fatto, una realtà concreta, non un *ens imaginationis*, cioè, un *non-ens*.

Ma la possibilità, come la probabilità, pur avendo una esistenza *obiettiva*, non si rivela da sè: essa ha bisogno di essere *riconosciuta*, cioè, *giudicata*. Vi è dunque un *giudizio di possibilità e di probabilità* (previsione, calcolo di probabilità). Dunque la possibilità e la probabilità non sono soltanto *obiettive*, nè soltanto *subiettive*, ma *obiettive* e *subiettive* insieme. In questo senso una distinzione fra *possibilità* (o probabilità) *obiettiva* e *possibilità* (o probabilità) *subiettiva*, non è ammissibile. Ma noi possiamo distinguere una *possibilità subiettiva* da una *possibilità obiettiva*, a seconda che il *giudizio di possibilità* è proprio *del singolo individuo* o *della collettività*, è un giudizio *individuale* o un giudizio *sociale*. In questo senso la distinzione fra possibilità *obiettiva e subiettiva* si può ammettere, purchè si tenga presente che ogni possibilità è sempre al tempo stesso obiettiva (in quanto esiste obiettivamente) e subiettiva (in quanto è subiettivamente percepita): e che una distinzione è solo possibile nel campo dell'elemento subiettivo della possibilità stessa: a seconda, cioè, che il giudizio di possibilità è personale, individuale, singolare e quindi avente un valore soltanto per il soggetto giudicante, o è impersonale, generale, universale, e quindi avente un valore *per ogni soggetto*, un valore *indipendente da un dato soggetto*, e quindi, rispetto ad esso, *obiettivo*.

97. La determinazione, ora fatta, del concetto di *possibilità*, e quindi di *probabilità*, unita a quella, precedentemente fatta, del concetto del *danno*, ci aprono facile l'adito alla determinazione del concetto del *pericolo*. Pericolo, come possibilità del danno, come danno possibile è la *potenza* (attitudine, idoneità, capacità) *di un fenomeno* (o di più fenomeni) *a cagionare la perdita o la diminuzione di un bene, il sacrificio o la restrizione di un interesse* (giuridico, e altrui). Più brevemente, pericolo è *la potenza* (o potenzialità) *dannosa*: *danno potenziale* (potenzialità del danno), *danno possibile* (possibilità del danno), *pericolo*, sono, perciò, come già si è avvertito, espressioni e concetti che si equivalgono.

In questo senso il *pericolo* è un *quid* di *obiettivo*, come è un *quid* di obiettivo la *possibilità*. Ma il pericolo, come la possibilità, non

si rivela da sè medesimo; esso deve essere soggettivamente percepito, conosciuto, e quindi giudicato (la *prevedibilità* — o, come altri impropriamente dice, la verosimiglianza — del danno, è quindi necessaria al concetto del pericolo). Vi è, dunque, un *giudizio su l'esistenza del pericolo* (previsione del danno): quello che i Tedeschi chiamano *Urtheilsgefahr*, che ha per *contenuto*, per *oggetto* il pericolo stesso nella sua esistenza obiettiva (72) (e su di esso riposa appunto l'imputabilità del risultato non voluto (colpa, delitto colposo) (73). *In questo senso* ogni pericolo è un *quid* di *subiettivo*, anzi di obiettivo e subiettivo insieme, e non esiste un pericolo puramente *oggettivo* o puramente *soggettivo*. Ma noi possiamo anche qui distinguere un pericolo *soggettivo* da un pericolo *oggettivo*, a seconda che il giudizio sul pericolo è giudizio di un singolo o della collettività (p. e., di chi pone in pericolo o di quelli che sono estranei al pericolo) (74): il primo giudizio non ha valore che *per il soggetto* da cui promana: il secondo giudizio, che può col primo coincidere e non coincidere, appunto perchè proviene *da tutti*, ha un valore *per tutti* e quindi, rispetto a ognuno, *obiettivo*.

Il pericolo non è soltanto la *prossima* possibilità del danno, la *probabilità*, maggiore o minore, del danno (pericolo prossimo) (75);

(72) Cfr. Merkel, Liszt, Meyer, nelle opere e nei luoghi citati sopra, testo n° 95 e note 59, 62 e 63. Vedi pure: Busch, *Gefahr und Gefährdungsvorsatz in der Dogmatik des modernen Strafrechts*, Leipzig, 1897, p. 25.

(73) Ciò, contro la teoria subiettiva del pericolo, fu osservato già da molti dei seguaci della teoria obiettiva (Stübel, Siebenhaar, Haelschner, Merkel, op. cit., l. c. al n° 45 nota 46). È però debito di lealtà scientifica l'osservare che il criterio della *prevedibilità* come ragione dell'imputabilità e quindi come fondamento (soggettivo) della punibilità dei delitti colposi, non va immune anche in questo campo da critiche serie e vivaci: si cfr. Stoppato, *L'evento punibile. Contributo allo studio dei delitti colposi*, Padova. 1898, specialmente capo III, art. 1°; *Causalità e colpa penale* nella " Rivista Penale ", vol. LIII (1901), p. 383 e segg. E sul concetto di colpa, vedi oltre capo IV, § 2, n° 104 testo e nota 114.

(74) Distingue la *Urtheilgefahr* del singolo da quella della società (*Urtheilgefahr der Gesellschaft*) anche il Loock, *Der Strafrechtliche Schutz der Eisenbahnen in Deutsche Reiche*, Berlin, 1893. pp. 54-56, il quale per l'esistenza giuridica del pericolo richiede poi non solo il giudizio dell'autore del pericolo: ne anche quello della società (diversamente Liszt, op. cit., l. c. al n° 95 nota 62).

(75) Così, invece: Stübel, *Ueber gefährliche Handlungen* " N. Archiv d. Criminalr. ", Bd. VIII (1825), p. 237; Siebenhaar, *Der Begriff der Gemeingefährlichkeit* in " Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtw. ", Bd. IV (1884), p. 248; Rohland,

ma è la possibilità del danno in genere, bassa o elevata, maggiore o minore, prossima o remota (pericolo prossimo o remoto). Per il concetto del pericolo è, quindi, indifferente, il più o il meno, il *grado* di possibilità. Anche ciò che *non è probabile* è *possibile*. La possibilità del danno, qualunque ne sia il grado, è bensì necessaria, ma anche sufficiente al concetto del pericolo.

Ogni possibilità è possibilità di *un fenomeno determinato* e, in questo senso, possibilità *concreta*: non esiste una possibilità *astratta*, come possibilità di un fenomeno non determinato, di un qualsiasi fenomeno. Per conseguenza ogni pericolo è la possibilità di un danno determinato, di un determinato risultato dannoso; è pericolo *concreto*, e non esiste un pericolo *astratto*, come pericolo di un danno *indeterminato*, di un qualsiasi risultato dannoso (76). Il così detto pericolo *astratto*, inteso come pericolo *generico* e *indeterminato*, che può nel singolo caso sussistere e non sussistere, e non importa sussista o no, in contrapposto al pericolo *concreto*, inteso come pericolo specifico e *determinato*, che deve in ogni singolo caso sussistere ed essere dimostrato, non è che un pericolo *presunto* (77), è, cioè, una *possibilità o probabilità* di pericolo, ma *non è il pericolo*. Se pericolo vuol dirsi, bisogna aggiungere che esso è un pericolo

---

Die Gefahr im Strafrecht, 2ª Aufl., Leipzig, 1888, p. 1 (il pericolo è la probabilità maggiore o minore di un risultato dannoso); Haelschner, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, II, Bonn, 1887, p. 598; Liszt. *Lehrbuch d. deutschen Strafrechts*, 17ª ed. (1908), § 28, p. 124 (prossima possibilità; *nähe Möglichkeit*): Loock, *Der strafrechtl. Schutz d. Eisenbahnen*, Berlin, 1893, § 12, p. 66. Contro: Celichowscki, *Der Begriff der gemeingefährlichkeit im Strafrecht*, Posen, 1897, § 6, p. 18; Finger, *Der Begriff der Gefahr*, Praga, 1889, p. 33 e segg.; fra noi: Florian, *Delitti contro l'incolumità pubblica*, nº 43, p. 209.

(76) Contro il concetto del pericolo *astratto*: Finger, *Begriff des Gefahr*, Prag, 1889, p. 81; Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Bd. I, Lipsia, 1890, § 53, pp. 379, 380 e segg.; Busch, *Gefahr und Gefährdungsvorsatz in der Dogmatik des modernen Strafrechts*, Leipzig, 1897, p. 27; a favore: Celichowski, *Der Begriff d. gemeingefährlichkeit im Strafrecht*, Posen, 1897, pp. 23-24; fra noi: Florian, *Delitti contro l'incolumità pubblica*, nº 44, p. 210.

(77) Presunto assolutamente (*iuris et de iure*) senza possibilità di prova contraria; non però " *finto* ", come dice il Finger, *Der Begriff der Gefahr*, Prag, 1889, p. 46. Altro è la *presunzione* e altro la *finzione*: quella si basa sempre sopra un calcolo di probabilità logicamente o anche matematicamente accertata: questa è, invece, sfornita di ogni base di fatto e risponde ad una mera " *causa utilitatis* ".

eventuale (possibile o probabile) e *futuro*, non già un pericolo *effettivo* e *reale*, e non già un pericolo *passato* (pericolo corso) o *presente* (pericolo imminente). Il c. d. pericolo *astratto* (possibile o probabile, eventuale, e quindi futuro) si distingue dal c. d. pericolo *concreto* (effettivo o reale e quindi passato o presente), come il pericolo così detto concreto o *pericolo*, senz'altra aggiunta (possibilità o probabilità del danno, danno possibile, danno potenziale e quindi futuro), si distingue dal danno (danno effettivo, danno reale, e quindi passato o presente).

Ogni pericolo, come ogni danno, ha una *causa*, e causa non può essere che la *materia* in quanto è *forza o energia*. Pericolo è dunque la possibilità di un danno in quanto è il prodotto (risultato, effetto) di una forza fisica o meccanica. Questo risultato o effetto o prodotto di una forza fisica o meccanica non può essere che una modificazione del mondo esteriore. Pericolo è, dunque, la modificazione del mondo esteriore che reca seco la possibilità di un danno *(condizione, situazione, stato di pericolo)* (78). Forze fisiche o meccaniche possono essere così le forze della natura che le forze animali e le forze umane. Il pericolo può dunque essere così la possibilità del danno derivante da un fatto o avvenimento naturale o dal fatto di un animale, che quello derivante dal fatto dell'uomo *(azione)*. Ma il reato è sempre una *azione*, una manifestazione di volontà umana. Pericolo è dunque la possibilità del danno in quanto è il risultato (modificazione del mondo esteriore) di una manifestazione di volontà umana. Manifestazione di volontà può essere tanto la volontaria produzione di una modificazione del mondo esteriore (azione in senso stretto) quanto il volontario non impedimento di questa modificazione (omissione). Pericolo è, dunque, *la modificazione del mondo esteriore* (risultato) *volontariamente cagionata o non impedita*

(78) Su la considerazione appunto che ogni pericolo è una *condizione o situazione o uno stato di fatto* (stato di pericolo) si afferma dall'Oppenheim (op. cit., l. c. *retro* n° 95 e note 60 e 61) che il pericolo è *obiettivo*, mentre è *subiettiva* la possibilità. Che ciò non risolva la questione dell'esistenza obiettiva o subiettiva del pericolo, è evidente. Quello che si vuol sapere è appunto se la *possibilità* in genere, e quindi la *possibilità del danno*, cioè il *pericolo*, sia o no qualche cosa di obiettivo. Nella medesima confusione cade il Florian, *Delitti contro l'incolumità pubblica*, n° 42, p. 208 (v. anche n° 41, pp. 207 e 208 nell'apprezzamento della distinzione Carrariana delle specie di pericolo).

(azione o omissione) *in quanto ha potenza* (attitudine, idoneità, capacità) *di produrre* (causare) *la perdita o la diminuzione di un bene, il sacrificio o la restrizione di un interesse* (danno). Da ciò si vede: 1° che il pericolo non consiste solo nella possibilità del danno (così, invece, von Kries), nè esclusivamente nella modificazione del mondo esteriore (condizione, situazione, stato di fatto) (così, invece, Oppenheim), ma nell'uno e nell'altro insieme: in una modificazione del mondo esteriore che ha potenza o attitudine o capacità di recar danno; 2° che il pericolo, come il danno, è l'effetto (risultato, prodotto) dell'azione (manifestazione di volontà) umana: questa è, invece, la *causa* del pericolo: l'azione che è *causa* di pericolo è appunto l'azione pericolosa, come azione dannosa è l'azione che è *causa* di danno; 3° che danno e pericolo hanno di comune il carattere di essere ambedue modificazioni del mondo esteriore, risultanti da una manifestazione di volontà umana (volontaria produzione o volontario non impedimento), ma differiscono per ciò che l'uno è la perdita o diminuzione *effettiva* di un bene, l'effettivo sacrificio o l'effettiva restrizione di un interesse, l'altro è la perdita o la diminuzione *possibile* di un bene, il *possibile* sacrificio o la *possibile* restrizione di un interesse.

98. Ma se la possibilità del danno, l'attitudine o potenza causale del danno non può essere staccata, nel concetto del pericolo, dalla modificazione del mondo esteriore, che ha in sè questa possibilità o potenza causale di danno, è altresì vero che questa modificazione del mondo esteriore in quanto è il risultato, il prodotto della azione, cioè della manifestazione di volontà umana, non può essere staccata dalla azione, dalla manifestazione di volontà, come l'*effetto* non può essere staccato dalla *causa*. *Pericolo (Gefahr)* e *azione pericolosa (Gefährdung)*, cioè azione che pone in pericolo, sono dunque termini necessariamente corrispondenti. Ciò che, guardato dal punto di vista del soggetto passivo, del paziente, è *pericolo*, guardato dal punto di vista del soggetto attivo, dell'agente, è una *azione pericolosa*. In contrapposto alla "*lesione*", che è l'azione dannosa, l'azione che è causa di danno — si suol chiamare "*minaccia*" l'azione pericolosa, l'azione in quanto è causa di pericolo. L'espressione, a rigore, non è propria. Minaccia è propriamente la *violenza morale*, la *vis compulsiva*, la *coazione* (coartazione, costrizione, coercizione) *psicologica*, in contrapposto alla *violenza*

fisica, alla *vis absoluta*, alla coazione (coartazione, costrizione, coercizione) fisica e materiale. Minaccia può esser quindi bensì l'azione (manifestazione di volontà) umana, ma l'azione, non *in quanto è causa di pericolo*, ma in quanto è *causa* di *timore*, di *paura*, di *allarme*, di *spavento*. E come il pericolo non va confuso col *timore* e tanto meno con la *paura*, con l'*allarme*, con lo *spavento*, così la minaccia, cioè l'azione umana che intimorisce, impaurisce, allarma, spaventa, non va propriamente confusa con l'azione che pone in pericolo, cioè con l'azione pericolosa. Che il pericolo non sia il timore e tanto meno la paura, l'allarme, lo spavento, è evidente. Pericolo è lo stato di fatto che reca con sè la potenza di un danno, e quindi di un dolore. Timore, paura, allarme, spavento sono impressioni, emozioni, sentimenti generati nell'individuo dalla visione del pericolo, dalla soggettiva rappresentazione dello stato di fatto capace di recar danno e quindi dolore; l'idea della possibilità del danno, e quindi del dolore, desta nell'uomo emozioni o sentimenti che sono essi stessi dolorosi; queste emozioni o sentimenti sono appunto il timore, la paura, l'allarme, lo spavento, i quali tutti non diversificano che di grado. Il pericolo è dunque la causa del timore; il timore è l'effetto del pericolo; ma il pericolo non è il timore, come il timore non è il pericolo; tanto che si può avere e si ha, bene spesso, timore, senza essere, per ciò, in pericolo (p. es., per errore, per pusillanimità, per allucinazione, ecc.), e si può essere talvolta in pericolo, senza essere, per ciò, in timore (p. es., per temerarietà, per apatia o indifferenza, per imprevidenza, per ignoranza, ecc.). Il pericolo crea normalmente il timore, onde il timore è, normalmente, il segno, l'indizio del pericolo; ma il timore non crea mai il pericolo (79). Ma se l'uso della espressione " minaccia „ per designare l'azione pericolosa è improprio, esso è

(79) Nello stesso senso: Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Bd. 1, 2ª ed., Leipzig, 1890, § 53, p. 377: In der Tat ist zwar die Angst nicht selten Erzeugniss der Gefähr, aber die Gefähr nie das der Angst. Letztere kann wol eine ungefährliche Lage für gefährlich halten, nie aber nie zur gefährlichen machen „. Distinguono il pericolo dal timore perfino i seguaci della teoria subiettiva del pericolo: vedi fra noi, per es.: Civoli, *Manuale di diritto penale*, Milano, 1900, nº 137, p. 426: " Sebbene il pericolo non abbia una esistenza oggettiva, esso non deve confondersi con l'impressione individuale dello spavento che può aver risentito chi vi è stato esposto „.

tuttavia inevitabile; la nostra lingua, se possiede un'unica parola per designare l'azione dannosa (lesione, offesa), non ha tuttavia, come lo ha invece la lingua tedesca *(Gefährdung)*, un termine unico per indicare l'azione pericolosa. Quest'uso non è d'altronde gravido di seri inconvenienti; perchè se il timore, come effetto del pericolo, normalmente si accompagna al pericolo, e minaccia è l'azione che produce timore, ben può dirsi, nella generalità dei casi, " *minaccia* „ l'azione pericolosa. Intesa come sinonimo di azione pericolosa, la minaccia è naturalmente inseparabile dal pericolo: è il pericolo, guardato dal punto di vista di chi lo pone in essere. L'espressione *offesa*, in senso stretto, equivale a *lesione*: in senso largo, essa può però abbracciare tanto la *lesione* che la *minaccia* (80); e in quest'ultimo senso essa fu da noi adoperata più volte. *Lesione* e *minaccia* sono, invece, concetti e termini essenzialmente distinti. Erra chi chiama *lesione* la *minaccia* e quella contrappone al *danno*: *danno* non è che *lesione*; *minaccia* è *pericolo di danno*; la *lesione*, dunque, si distingue dalla *minaccia*, come il *danno* si distingue dal *pericolo* (81).

---

(80) Cfr. MERKEL, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889, § 15, p. 41: " Die Namen Verletzungs- oder Erfolgsdelikte sind in ihrer Anwendung auf die bezeichneten Deliktsarten in einem engeren, aus dem gesagten sich ergebenden Sinne genommen, da es einerseits allen Delikten wesentlich ist, irgend welche Interessen zu verletzen und andererseits mit allen Delikten irgend welche Wirkungen oder Erfolge sich verknüpfen „.

(81) Si può tuttavia contrapporre al " *danno civile o privato* „ (patrimoniale o morale) nascente dal reato non solo il *pericolo di danno criminale* (c. d. lesione), ma anche lo stesso *danno criminale diretto o immediato*, come si può contrapporre l'obbligo al risarcimento del danno all'obbligo di sottostare a una pena. Il danno civile o privato, cioè il danno risarcibile, sia esso un danno *economico* o *patrimoniale*, sia pure un danno soltanto *morale* (non economico, non patrimoniale) si distingue non solo dal pericolo, ma anche dal danno criminale diretto o immediato. Si distingue dal primo appunto perchè è un danno, e non già un pericolo, cioè la possibilità di un danno (*il pericolo di danno* dà luogo, bene spesso, a una *pena*: non dà mai luogo a risarcimento). Si distingue dal secondo perchè può con esso coincidere e può non coincidere. Così nel reato di omicidio è penalmente rilevante solo la morte dell'uomo come privazione del bene della vita o sacrificio dell'interesse alla vita: non già la perdita o la diminuzione di patrimonio che consegua, come *effetto ulteriore*, dalla morte di un uomo per i congiunti o gli eredi di lui (Cfr. LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 16ª e 17ª ed., Berlin, 1908, § 28, p. 124, *sub* 2). Cfr. nº 104.

99. Poichè il pericolo, come possibilità del danno, ha, al pari della *possibilità*, una esistenza *obiettiva*; e poichè, d'altronde, la potenzialità del danno deve risiedere in una modificazione del mondo esteriore, in una situazione o condizione o stato di fatto e, più precisamente, nel risultato di una azione umana, che è qualche cosa che esiste esteriormente e obiettivamente, è chiaro che il pericolo, in senso proprio, è sempre un *pericolo concreto*, *reale*, *effettivo*, come è sempre *concreto*, *reale*, *effettivo* il danno in senso proprio. Ma effettivo è, si è detto, ciò che si è effettuato, ciò che è stato causato: esso è un attributo che si riferisce sempre a fenomeni esistiti nel passato e esistenti nel presente, non mai a fenomeni non ancora esistenti e di là da venire. Il pericolo, dunque, in senso proprio, non può essere che un *pericolo passato* o un *pericolo presente*. Il pericolo *passato* è il “ *pericolo corso* „ (CARRARA), il rischio, il cimento, già subìto, del danno: esso è distinto dal danno per ciò che non si è tramutato in danno: è quindi un pericolo già *svanito* e non più esistente come tale. Il pericolo *presente* è il pericolo *attuale*, il pericolo *imminente*; e si distingue dal *pericolo corso* (o passato) appunto per ciò, che il pericolo corso è già svanito e più non esiste come pericolo, mentre il pericolo attuale o presente è un pericolo *sussistente* e *persistente*, che tuttora si corre, *quod imminet*: pericolo *corso* è il pericolo che è nato (*periculum ortum*), ha esistito ed è morto; pericolo *attuale* è il pericolo che è nato e vive tuttora (l'*imminenza* del pericolo non è quindi necessaria al concetto del pericolo effettivo). Questa distinzione fra pericolo passato (o corso) e pericolo presente o attuale non fu ben vista dal CARRARA, il quale, pur definendo esattamente il pericolo corso come quello il quale: “ nasce da uno stato di fatto che ha ad un dato momento reso imminente la violazione del diritto „ (82), come il “ fatto positivo esistito ad un determinato momento nel quale era imminente la lesione del diritto aggredito „ (83), non separa tuttavia da esso la nozione del pericolo attualmente imminente (pericolo attuale o presente) (84).

---

(82) CARRARA, *Programma*, parte generale, vol. I, § 97 e § 352.

(83) CARRARA, *Programma*, parte speciale, § 3158.

(84) Così anche JONGE, *De delictis*, vol. 2°, p. 266, citato dal CARRARA (vol. I, § 97 nota).

100. Le nozioni di “*possibilità*” e di “*probabilità*” applicate alla nozione del “danno” (danno effettivo) ci dànno il concetto del “danno potenziale” (danno possibile o probabile), cioè. del “pericolo”. Le nozioni di “possibilità” e di “probabilità”, applicate alla nozione del “pericolo”, ci dànno il concetto dal *pericolo eventuale* (possibile o probabile in contrapposto al pericolo *effettivo*), del pericolo *futuro* (in contrapposto al pericolo presente (attuale) o passato), o anche del pericolo *potenziale* o *astratto* (in contrapposto al pericolo *reale* o *concreto*): quello, cioè, che il CARRARA, in antitesi al *pericolo corso*, chiama *pericolo appreso*. Come al “danno”, sotto il nome di *danno effettivo*, si suol contrapporre il “pericolo”, sotto il nome di *danno potenziale*, così al “pericolo”, sotto il nome di *pericolo corso*, si suol contrapporre la *possibilità* o la *probabilità* del pericolo, sotto il nome di *pericolo appreso*.

Noi, per le ragioni già esposte, preferiamo chiamare il primo, non pericolo *corso*, ma pericolo *effettivo* o *reale* o *concreto*, sia esso poi *corso*, cioè passato, sia pure *imminente*, cioè attuale o presente. E poichè rispetto al pericolo manca una parola che designi il concetto della sua possibilità o probabilità, come vi è, invece, rispetto al danno (la cui possibilità o probabilità si dice, appunto, “pericolo”), preferiamo chiamare il così detto pericolo appreso: *pericolo possibile* o *probabile* o in genere *eventuale*, o anche *pericolo astratto* o *potenziale*, avvertendo che tal pericolo, appunto perchè, meglio che un pericolo, è la *possibilità* o *probabilità di un pericolo*, è sempre, per le cose già dette, un “*periculum in futurum*”. Non possiamo dirlo *pericolo appreso*, perchè pericolo *appreso* significa pericolo *di mera opinione*, di *mera previsione* (85), cioè semplice idea, opinione, credenza di un pericolo (che può essere anche infondata ed irragionevole); mentre anche la *possibilità o probabilità di un pericolo*, anche il “*pericolo di un pericolo*”, ha, come ogni *possibilità* o *probabilità*, una esistenza *obiettiva*, non già soltanto *subiettiva*, non è cioè un giudizio privo di ogni contenuto obiettivo, ma ha per contenuto obiettivo l'*attitudine* o *potenza*, l'*idoneità* o *capacità pericolosa* di uno stato, di una condizione o situazione di fatto. Con ciò è dato un primo concetto del pericolo *eventuale* (possibile o probabile): esso è la potenza pericolosa, l'idoneità, l'attitudine, la capacità di

(85) Così lo stesso CARRARA, *Programma*, vol. I, parte generale, § 352.

esser causa di un pericolo (futuro). Ed è detto anche che questa potenza pericolosa deve, alla sua volta, essere effetto di una causa la quale può essere tanto un avvenimento naturale o un fatto non umano ad esso assimilabile, quanto un fatto umano, una *azione.* Pericolo *eventuale* è dunque la modificazione del mondo esteriore, prodotta da un fatto naturale o da una azione umana, la quale reca in sè la potenza di un futuro pericolo. E poichè il reato è una " *azione* „, il *pericolo eventuale*, in quanto derivi dal reato, non può essere che il *risultato* (modificazione del mondo esteriore) *di una azione* (manifestazione di volontà) *umana in quanto ha potenza di produrre un pericolo*, la *modificazione del mondo esteriore, volontariamente cagionata o non impedita, in quanto ha attitudine a cagionare un pericolo* (pericolo futuro). Il pericolo eventuale si distingue, dunque, dal pericolo effettivo: questo è il *pericolo di un danno*: quello è il *pericolo di un pericolo.* La distinzione, benchè sotto altre parole, è ben percepita dal Carrara: " Altro, egli dice, è il pericolo appreso, il quale non ha mai presentato uno stato di fatto che rendesse *imminente* la violazione del diritto..., altro è il pericolo corso, il quale nasce da uno stato di fatto che ha, ad un dato momento, reso *imminente* quella violazione „ (86). E più precisamente altrove (a proposito del pericolo di disastro ferroviario): " Vi è un pericolo appreso, il quale ha la sua radice in una previsione umana fondata, è vero, *sopra dati che esistono come fatto* (87), *ma però non rappresentano un pericolo attuale realizzato come fatto presente* (88). Così un ammasso di combustibile in un luogo abitato si può dire che crea un pericolo per la sua *possibilità* di servire come esca a un incendio; ma questo pericolo è tutto nella previsione umana; persevera per anni ed anni finchè si mantiene

---

(86) Carrara, *Programma*, vol. I, parte generale, § 97. Non esattamente però egli dà qui come esempio di pericolo possibile (appreso): le male qualità o tendenze di un uomo. Queste sono il pericolo che nasce dalla persona, non il pericolo che nasce dal fatto (cfr. più oltre il testo, n° 101).

(87) Appunto perchè è " fondato sopra dati che esistono come fatto „ e quindi sopra un fatto che ha attitudine a produrre un pericolo effettivo, il pericolo possibile è, per noi, a differenza che pel Carrara, un pericolo *obiettivo*, non puramente subiettivo (o di mera opinione).

(88) Il nostro " pericolo attuale o presente „ come particolare specie del pericolo effettivo.

colà quell'ammasso sempre nei meri calcoli della mente; nè avvi un istante determinato in cui possa dirsi che quelle abitazioni corsero pericolo di un incendio. Ben diversa è l'altra forma di pericolo che può affermarsi *come fatto positivo esistito ad un determinato momento nel quale era imminente la lesione del diritto aggredito* (89). Così se un nemico ha gettato in quell'ammasso un tizzone ardente, che però fortunatamente non ha comunicato il fuoco a quei combustibili, il pericolo dallo stato di previsione ha in quel momento fatto passaggio ad uno stato di realtà. Non più si dice che vi era la *possibilità di un pericolo*, ma bene si dice che a quel dato momento le abitazioni hanno corso rischio di essere abbruciate. Questa seconda forma di pericolo è quella che noi diciamo *pericolo corso* (90).

Anche la possibilità del pericolo, come il pericolo, pur avendo una esistenza *obiettiva*, ha bisogno di essere accertata mediante un *giudizio su la possibilità del pericolo*: la *possibilità del pericolo* è dunque, anch'essa, insieme *obiettiva* e *subiettiva*. Anche il *giudizio su la possibilità del pericolo*, come il *giudizio sul pericolo*, può partire dal singolo o dalla collettività: nell'un caso ha un *valore* soltanto *soggettivo*, nell'altro un *valore obiettivo* (*erga omnes*).

101. Il pericolo, sia esso *effettivo*, sia pur soltanto *eventuale* o *possibile*, è sempre l'*effetto* di una *causa*, la quale è data da uno *stato di fatto* prodotto a sua volta da una forza fisica o, più particolarmente, da una *azione umana*. Ma accanto a questo esiste un pericolo che ha sua radice *non in un fatto*, avvenimento naturale o azione umana, ma *direttamente in una persona, in un uomo*: che non è il prodotto di *cause esteriori* all'uomo, ma di *cause ad esso interiori*, di *cause individuali o personali*. Esiste, cioè, accanto al *pericolo nascente dal fatto*, e quindi alla *pericolosità del fatto*, il *pericolo nascente dalla persona*, e quindi la *pericolosità della persona*. Essa è la *potenza*, l'*attitudine*, l'*idoneità*, la *capacità* (espressioni equivalenti) *della persona ad esser causa di azioni dannose o pericolose e quindi di danni e di pericoli*: questa capacità, in quanto

(89) Il nostro " pericolo passato „ come particolare specie del pericolo effettivo.

(90) Carrara, *Programma*, parte speciale. § 3158.

si tratti di quelle particolari azioni dannose e pericolose che chiamansi reati, prende solitamente nella pratica il nome di " capacità a delinquere ". La pericolosità della persona, per le cose già dette, è ben distinta dalla pericolosità del fatto, ed è distinta appunto per ciò che questa è l'effetto di una azione, ha causa in una manifestazione di volontà dell'uomo produttiva di un risultato (modificazione del mondo esteriore): quella non è l'effetto di una azione, non ha sua causa in una manifestazione di volontà dell'uomo, ma nell'uomo medesimo, cioè nei fattori psichici (influenzati a lor volta da cause fisiche, organiche e sociali) che fanno l'uomo naturalmente proclive ad azioni dannose o pericolose agli altri uomini. Anche questa specie di pericolo, nascente dalla persona, non è tuttavia un pericolo *di mera opinione o credenza*. Essa ha certo, come ogni pericolo, il suo fondamento soggettivo in una previsione umana: ma ha, anch'esso, un fondamento oggettivo: si basa cioè sopra dati di fatto e, quindi, sopra fatti. La differenza è solo in ciò: che questi *fatti* non sono assunti *come* " *cause* " di " *effetti* " dannosi o pericolosi determinati; ma sono assunti soltanto come *segni*, come *indizi*, come *presunzioni*, come *prove*; in una parola, come " *sintomi* " della *personalità*, del " *carattere* " e quindi delle male qualità e tendenze di un uomo, e servono perciò alla *diagnosi*, se così è lecito esprimersi, di questa *personalità* e di questo *carattere*, all'accertamento di quelle prave e perniciose tendenze. Essi hanno, da tal punto di vista, non già un significato " *realistico* " e un *valore* " *causale* ", ma un significato e un valore soltanto " *sintomatico* ". Si suol chiamare da alcuni " *temibilità* " questa attitudine nociva o pericolosa della persona (91). L'espressione non è propria. La *temibilità* è la *conseguenza* della *pericolosità* di una persona: la *pericolosità* di una persona è la *causa* della sua *temibilità*. Una persona è temibile, perchè è pericolosa; non è già pericolosa, perchè è temibile. Si può temere chi non è capace di nuocere, e si può esser capaci di nuocere senza esser temuti.

---

(91) Cfr. Garofalo, *Criminologia*, 2ª ed., Torino, Bocca, 1891, p. 329 e segg.; Ferri, *Sociologia criminale*, Torino, Bocca, 1900 (4ª ed.), p. 689 e segg.

§ 2. — *Il danno o il pericolo immediato o diretto risultante dal reato.*

102. Ogni reato come azione produce necessariamente un *risultato*. Che s'intende per risultato (modificazione del mondo esteriore). I vari possibili risultati del reato (danno, pericolo, possibilità di pericolo). Risultati prossimi e remoti. Il risultato (danno o pericolo) immediato e diretto del reato. — 103. La distinzione fra *delitti materiali* e *delitti formali*. Sua inammissibilità. — 104. *a) Delitti di danno o di lesione.* — 105. *b) Delitti di pericolo o di minaccia.* — 106. *Delitti e contravvenzioni.* Le varie teorie su la natura giuridica delle contravvenzioni e su la distinzione fra delitti e contravvenzioni. Loro esposizione e valutazione critica. — 107. Il concetto di amministrazione pubblica. Gli scopi e interessi della amministrazione. Attività amministrativa *giuridica* e attività amministrativa *sociale*; scopi rispettivi. — 108. Il concetto delle contravvenzioni come azioni o omissioni contrarie agli interessi della amministrazione dello Stato. Contravvenzioni di polizia. Contravvenzioni finanziarie. Altre contravvenzioni. — 109. Contravvenzioni contrarie all'interesse dello Stato nella sua attività amministrativa giuridica e contravvenzioni contrarie all'interesse dello Stato nella sua attività amministrativa sociale; le prime possono, oltre la *lesione dell'interesse della Amministrazione*, portare con sè o la *possibilità di un pericolo* o un *pericolo effettivo* o un *danno effettivo* ad altri beni e interessi; le seconde possono portar seco non un *damnum emergens*, ma soltanto un *lucrum cessans*. — 110. Le contravvenzioni come *reati amministrativi* e il diritto penale contravvenzionale come *diritto penale amministrativo*. Opinioni del Goldschmidt, del Liszt e del Rocco. Le contravvenzioni non sono fatti illeciti (delitti) di *diritto amministrativo*, ma veri e propri reati e le pene contravvenzionali non sono *obbligazioni ex delicto* del diritto amministrativo, ma vere e proprie pene. Il diritto penale contravvenzionale non è diritto amministrativo ma vero e proprio diritto penale. Questo carattere non gli è tolto dall'eccezionale esistenza in materia contravvenzionale di procedimenti penali amministrativi. — Esistenza nelle contravvenzioni di tutti gli elementi costitutivi ed essenziali del reato comune, *imputabilità* (per dolo o colpa) *illiceità* (penale) *danno* o *pericolo* (immediato o mediato). — 112. Reato non è il *genus proximum*, ma il *comune denominatore* dei delitti e delle contravvenzioni. Inesistenza di una *differentia specifica* fra tutti i delitti, da un lato, e tutte le contravvenzioni, dall'altro. Le contravvenzioni sono una classe di reati distinta tuttavia da ciascuna delle altre classi di reati (classi dei delitti). Particolare distinzione fra *contravvenzioni e delitti contro la pubblica amministrazione*. — 113. *Rapporti* fra i delitti e le contravvenzioni: *a)* passaggio da contravvenzione a delitto. Sua ammissibilità. Esempi. Varie possibili ipotesi. — 114. *b)* Passaggio da delitto a contravvenzione. Sua ammissibilità: esempi. — 115. Le contravvenzioni sono reati di danno o di lesione (lesione dell'interesse della Amministrazione) non di pericolo o minaccia. Non sono reati *formali*. — 116. Distinzione dei delitti a seconda del soggetto passivo del reato medesimo. Delitti contro l'individuo e delitti contro la società. I tre possibili soggetti passivi di reato (individuo, collettività non personificata, persona giuridica).

102. Danno *immediato* o *diretto*, ovvero *pericolo immediato* e *diretto*, è il danno, ovvero il pericolo, che risulta immediatamente e direttamente dal reato, che è l'effetto immediato e diretto del reato. Che cosa è il danno e che cosa il pericolo, noi già sappiamo. Ma che cosa si intende per *risultato* o *effetto* del reato? E quale è il danno o il pericolo che è l'effetto immediato e diretto del reato?

Il reato è sempre una *azione umana* e per azione umana si intende, come abbiamo già detto, la *volontaria produzione* (azione positiva o azione in senso stretto) o il *volontario non impedimento* (inazione, omissione) di una *modificazione del mondo esteriore* (realtà esteriore) (92). Il concetto dell'azione presuppone dunque sempre una condotta umana volontaria, ciò è a dire, un qualsiasi comportamento o contegno libero da coazione meccanica o fisiologica, determinato o motivato da rappresentazioni (idee), consistente sia nella volontaria esistenza o presenza di un moto corporeo, sia nella volontaria inesistenza o mancanza di tal moto corporeo. L'azione è quindi una *estrinsecazione* o *manifestazione* di volontà, una *volontà obiettivata*; e, come tale, il concetto di essa è inseparabile dal concetto della " *volontà* ", intesa, secondo la felice espressione del Liepmann, come " quel fenomeno della coscienza mediante il quale noi poniamo cause " (93), e dal concetto del " *motivo* ", inteso nel senso che già abbiamo avuto occasione di precisare (cfr. *retro*, n. 87). Ma al concetto di azione non basta, come si è detto, l'esistenza di una estrinsecazione di volontà: ad esso occorre ancora l'esistenza, o a dir meglio, la verificazione di una *modificazione del mondo esteriore o della realtà esteriore*. Questa modificazione del mondo esteriore o della realtà esteriore (evento, avvenimento), determinata dalla volontà, noi diciamo appunto *risultato* o *effetto* dell'azione e quindi *risultato* o *effetto del reato* (94).

---

(92) Cfr. Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 16ª e 17ª ed., Berlin, 1908, § 28, p. 222. E sul concetto di " azione " in genere la letteratura citata *retro* n. 91, p. 280, nota 22.

(93) Liepmann, *Einleitung in das Strafrecht*, Berlin, 1900, pp. 43-46 (per le parole del testo v. p. VIII).

(94) Così anche Liszt, *Lehrbuch*, edizione citata, § 28, p. 123. Anche Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Bd. II, 1ª ed., Leipzig, 1872, p. 54, chiama il risultato " rechtliche bedeutsame Veränderung der Aussenwelt "; v. pure: Bierling, *Juristische Principienlehre*, Bd. III (1905), p. 22 (" Einwirkung auf die Aussenvelt " chiama egli il risultato della azione) e, tra noi Pessina, *Trattato di penalità generale secondo le leggi delle due Sicilie*, Napoli, 1858, § 57, p. 90: " L'attuazione del proponimento criminoso consiste in una qualche modificazione che viene arrecata *alla realtà esteriore* dalla attività umana "; *Elementi di diritto penale*, vol. I, Napoli, 1882, p. 413: " L'*azione* è un *evento esteriore* il quale ha radice in un fatto interiore dell'uomo che è per l'appunto la volizione di quell'evento "; Civoli, *Manuale di diritto penale*, Milano, 1900,

Ogni azione ha un risultato, un effetto. Ogni azione, infatti, è una estrinsecazione di volontà. Ogni volontà è determinazione, cioè posizione di una causa. Ogni causa produce un effetto. Ogni azione, dunque, produce necessariamente un effetto, cioè un risultato. — Ogni risultato di una azione è una modificazione del mondo esteriore. È una *modificazione*, perchè è un modo di essere della materia: la materia essendo indistruttibile, ogni modo di essere della materia è, infatti, un cangiamento o una variazione, cioè una modificazione, della materia, non mai una creazione o una distruzione di essa (cfr. *retro*, n. 91). È una modificazione *del mondo o della realtà*, perchè è la realtà stessa in quanto sopporta una modificazione (materia), non in quanto la produce (*forza* o *energia*) (*retro*, n. 91). È una modificazione del mondo *esteriore*, esteriore cioè a chi agisce (non a tutti), perchè se la realtà che subisce una modificazione per effetto della estrinsecazione di volontà di un uomo fosse una realtà psicologica

---

n° 107, p. 314: " Ai movimenti impressi alle membra dell'uomo dai centri nervosi corrispondono *nel mondo esteriore modificazioni* più o meno rilevanti... E così il movimento compiuto come il risultato verificatosi a seguito di esso vanno compresi sotto il nome generico di *azione* umana "; IMPALLOMENI, *Istituzioni di diritto penale*, Torino, 1908, p. 69: " L'*effetto* e la *modificazione* cagionata *nel mondo esteriore* in conseguenza di una azione o di una omissione " (qui l'azione è concepita però come qualcosa di distinto dal risultato). Secondo alcuni autori (BINDING, BÜNGER, M. E. MAYER, ZITELMANN e in genere la dottrina italiana e francese), si dovrebbe escludere il " risultato " dal concetto della " azione " e chiamare col nome di azione solo la estrinsecazione di volontà e col nome di " fatto " l'unione dell'estrinsecazione di volontà col " risultato ". La questione, come ben avverte il LISZT, *Lehrbuch*, § 28, p. 123, nota 4, è puramente terminologica; e noi non ci adattiamo a questa terminologia sopratutto perchè " fatto " è non solo l'azione o atto umano ma anche il fatto non umano. La nostra legge usa la parola " fatto " per designare ora l'insieme della estrinsecazione di volontà e del risultato " (nel senso cioè in cui noi usiamo la parola azione) (esempio: art. 1 cod. penale) ora soltanto il " risultato " della estrinsecazione di volontà (es.: art. 45 cod. pen.) a cui contrappone quest'ultima coi nomi di azione o omissione (cfr. lo stesso art. 45 cod. pen.). Per essa dunque " *fatto* " è l'evento, l'avvenimento, che è il risultato della manifestazione di volontà, *azione* (o omissione) la manifestazione stessa della volontà. Avvertendo che l'estrinsecazione di volontà non può essere mai staccata dall'evento che ne deriva, noi usiamo pure talvolta la parola *azione in contrapposto al risultato* per indicare la estrinsecazione di volontà. Inesatto sarebbe poi chiamare azione il solo risultato (modificazione del mondo esteriore) scompagnato dalla estrinsecazione di volontà.

a lui interiore (p. es., un pensiero, un sentimento), evidentemente la causa si confonderebbe con l'effetto e questo non esisterebbe. Ogni *reato*, dunque, come azione, produce necessariamente un effetto o risultato consistente in una modificazione del mondo esteriore. Questa modificazione del mondo esteriore può, come si è detto, distruggere o diminuire un bene, sacrificare o restringere un interesse, e allora essa è, un *risultato dannoso*, un *danno*; può soltanto recare in sè la possibilità o probabilità del sacrificio o della limitazione di un bene e di un interesse, e allora, è un *risultato pericoloso*, un *pericolo*; può infine portar seco soltanto la possibilità o probabilità di questo risultato pericoloso, il pericolo di questo pericolo, e allora, è un risultato eventualmente pericoloso, un *pericolo eventuale* e *futuro* (*retro*, n. 89-101). In tutti i casi esso trova la sua *causa* nella volontà estrinsecata, cioè nell'azione, in cui il reato consiste, ed è quindi un risultato o effetto del reato, un danno o un pericolo (reale o possibile) derivante dal reato. Ma ogni modificazione del mondo esteriore porta inevitabilmente con sè altre modificazioni del mondo esteriore, onde accanto a un risultato o effetto dannoso o pericoloso possono distinguersi altri risultati e altri effetti ulteriori, anch'essi consistenti in modificazioni del mondo esteriore, anch'essi dannosi e pericolosi (95). Vi sono, in altri termini, risultati prossimi e risultati remoti, e risultati più o meno prossimi e più o meno remoti: danni e pericoli prossimi e remoti, danni e pericoli più o meno prossimi e più o meno remoti, derivanti dal reato. Quale fra questi sarà, dunque, il *danno* o *il pericolo immediato* e *diretto* del reato? Diremo noi danno o pericolo diretto o immediato la modificazione del mondo esteriore (risultato) che deriva direttamente e immediatamente dalla manifestazione di volontà? No, perchè bene spesso non è questo il risultato che la legge penale prende in considerazione per la consumazione o perfezione giuridica del reato (p. es., il moto del grilletto nell'arma carica è risultato diretto e immediato della manifestazione di volontà omicida, mentre la morte dell'uomo che si richiede per la perfezione giuridica del reato di omicidio è un risultato *indiretto* e *mediato* della determinazione stessa).

---

(95) Cfr. Liszt, *Lehrbuch*, 17ª ed., (1908), § 28, p. 124; Civoli, *Manuale*, nº 107, p. 314.

Danno o pericolo immediato o diretto del reato non può, dunque, essere se non quel risultato (modificazione del mondo esteriore) dannoso o pericoloso, dalla verificazione del quale la legge penale fa dipendere la consumazione o perfezione giuridica del reato e alla cui realizzazione essa ricollega la conseguenza giuridica della pena. Così, ad es., per la consumazione del delitto di omicidio (art. 363 Codice penale) importante è solo la morte dell'uomo (privazione del bene della vita), non già le precedenti lesioni (privazione del bene della sanità corporale), nè la perdita o la diminuzione di patrimonio conseguente alla morte dell'uomo per i figli o congiunti di lui (96).

103. Il principio che ogni reato ha un " risultato „ o un " effetto „ che è un evento o avvenimento (modificazione del mondo esteriore) è disconosciuto da coloro che, fra i delitti, distinguono i *delitti formali* dai *delitti materiali*: gli uni che " si consumano con una semplice *azione* dell'uomo, la quale basta senz'altro a violare la legge „; gli altri che " per essere consumati, hanno bisogno di un dato *evento*, nel quale soltanto si ravvisa la infrazione della legge „ (97). Ma questa distinzione non è, appunto in

---

(96) Liszt, *Lehrbuch d. deutsch. Strafrechts* (1908), § 28, p. 124.

(97) Cfr. Carrara, *Programma*, vol. I, Parte generale, Lucca, 1871, § 50, pp. 52-53: così pure: Paoli, *Nozioni elementari di diritto penale*, Genova, 1875, p. 67: " Talvolta occorre, per la violazione del diritto dalla legge tutelato, che l'azione criminosa abbia prodotto il *risultato* a cui era diretta. Talvolta basta a questo effetto che sia stata commessa *una data azione* indipendentemente dal successo, a cui l'azione era ordinata. I delitti della prima specie, quelli cioè nei quali a costituire la consumazione occorre il risultato della azione, nel linguaggio dei dottori e del foro diconsi delitti *materiali*. I delitti della seconda specie, nei quali a costituire la consumazione basta una data azione, indipendentemente dai suoi risultati, diconsi delitti *formali* „. La distinzione carrariana è testualmente riprodotta da: Mecacci, *Trattato di diritto penale*, Torino, 1901, pp. 243-244; Florian, *Dei reati e delle pene in generale*, Milano, 1901, p. 104. Tra i più recenti e autorevoli sostenitori della distinzione, ma con qualche modificazione, sono: Impallomeni, *Istituzioni di diritto penale*, Torino, 1908, pp. 69-70; Manzini, *Trattato di diritto penale*, Torino, 1908, vol. I, n° 207, p. 354. Fra i tedeschi, a prescindere dai più antichi (p. e., Abegg), sostengono la distinzione fra *reati formali* e *reati materiali* (altrimenti detti anche *reati di effetto* e *reati senza effetto* o di *pura attività*) fra gli altri: Loening, *Grundriss zur Vorlesungen über deutschen Strafrecht*, Frank-

virtù di quel principio, ammissibile. Se ogni reato è una azione e ogni azione ha un risultato, evidentemente ad ogni reato è necessario un risultato, cioè, un *evento*, e non v'ha reato alcuno che consista in una semplice *azione*, cioè in una semplice manifestazione o estrinsecazione di volontà, non produttiva di alcun risultato o effetto o evento che voglia dirsi. " Questo risultato, dice bene il Liszt, può discendere più o meno manifestamente dalla estrinsecazione di volontà e da questo punto di vista si può fare una distinzione quantitativa fra i concetti dei vari reati. Ma sarebbe erroneo elevare questa distinzione *quantitativa* ad una distinzione *qualitativa* e contrapporre i " *delitti con risultato* „ (*Erfolgsdelikte*), i quali presuppongono concettualmente un effetto, ai " *delitti senza risultato* „ (*Nichtserfolgsdelikte*) o " *delitti di pura attività* „ (*Tätigkeitsdelikte*) (98). Se non che il Carrara osserva che cotesta distinzione (fra delitti formali e materiali) " richiama l'altra fra danno potenziale e danno effettivo „ (99), giacchè " quei delitti nei quali il danno potenziale basta alla loro consumazione, sono tutti delitti formali „ (100), mentre, al contrario sono tutti delitti materiali quelli alla cui consumazione è necessario un danno effettivo (101). La distinzione fra delitti formali e delitti materiali si risolverebbe, dunque, nella distinzione fra danno potenziale e danno

---

furt, 1885, p. 12; Meyer, *Lehrbuch d. deutsch. Strafrechts*, 5ª Aufl., Leipzig, 1895, § 4, p. 33, *sub e)*; Merkel, *Lehrbuch des deutsch. Strafrechts*, Stuttgart, 1889, § 15, pp. 41-42 (il quale contrappone ai delitti di *offesa o di risultato* (*Verletzung-oder Erfolgsdelikte*) i delitti di aggressione (*Angriffsdelikte*) i quali non sono che i c. d. delitti formali); Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, (7ª ed.), 1908, al § 1, II, 2; Liepmann, *Einleitung in das Strafrecht*, Berlin, 1900, pp. 79-80; Finger, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1904, Bd. I, § 20, *sub* IV, pp. 103-107; Beling, *Die Lehre von Verbrechen*, Tübingen, 1906, § 21, I, p. 204 e segg.; *Grundzüge des Strafrechts*, Tübingen, 1905, § 27, p. 34.

(98) Liszt, *Lehrbuch d. deutsch. Strafr.*, 17ª ed. (1908), § 28, p. 23, *sub* 1. Combatte la distinzione fra delitti formali e materiali, ma con argomenti del tutto insufficienti e senza esatta comprensione della distinzione stessa, anche: Berner, *Trattato di diritto penale* (trad. it.), 2ª ed., Milano, 1892, § 73, p. 97.

(99) Carrara, *Programma*, parte generale, vol. I, § 50. Contro l'identificazione in tutti i casi delle due distinzioni è, invece, Impallomeni, *Ist. di dir. penale*, Torino, 1908, p. 70.

(100) Carrara, *Programma*, vol. I, parte generale, § 97.

(101) Carrara, *Programma*, vol. I, §§ 97, 98, 99.

effettivo. Ma anche questa distinzione, lo abbiamo visto, non è ammissibile. Il così detto danno potenziale, come si è detto, o è un danno effettivo parziale o è un pericolo effettivo; se è un danno effettivo, sia pur soltanto parziale, è evidente che a produrlo non basta la semplice *azione* del delinquente non susseguita da alcun effetto o evento, ma è invece necessario che l'azione abbia prodotto appunto un effetto o risultato o evento determinato. E se anche per danno potenziale si intende, come deve intendersi, un puro *pericolo* e più precisamente un pericolo *reale* o *effettivo*, passato (corso) o presente (imminente), è certo ugualmente che a produrlo non basta la semplice *azione*, nel senso di estrinsecazione di volontà di un uomo, ma è sempre necessario un dato *evento* come conseguenza o effetto o risultato dell'azione medesima: perchè, a detta dello stesso CARRARA, anche il pericolo effettivo, o, come egli dice, il pericolo corso è uno " *stato di fatto* ", ciò è a dire, un *evento* (102). Nè, a salvare la distinzione fra delitti formali e delitti materiali, vale il soggiungere che, nei primi, il risultato, che non occorre alla loro consumazione, è il risultato *a cui l'azione era diretta*, l'effetto che *con la sua azione il reo voleva ottenere*, il *successo*, insomma, a cui l'azione era ordinata; mentre, nei secondi, il risultato della azione, richiesto alla loro consumazione è, per contrario, il risultato o effetto o successo a cui l'*azione* era diretta, che l'agente *voleva* conseguire (103). Il risultato, l'effetto che il reo voleva ottenere, il successo a cui l'azione è diretta, non è che lo *scopo*, il *motivo* della volontà, l'*intenzione*, o meglio uno degli scopi, dei motivi, delle intenzioni, cioè lo scopo remoto, il motivo ultimo, l'intenzione finale. Ma la legge non richiede mai che il reo abbia raggiunto lo scopo ultimo che si proponeva di raggiungere. Non lo richiede neppure nei delitti così detti materiali. Nell'omicidio, p. es. (articolo 364 Cod. pen.), che è il caso tipico dei delitti materiali, ciò che la legge richiede è che si sia cagionata la morte di un uomo, e, per conseguenza, richiede il fine, l'intenzione di uccidere, ma, oltre

(102) CARRARA, *Programma*, vol. I, § 97.

(103) Così già lo stesso CARRARA, *Programma*, vol. I, §§ 97 e 98 e più marcatamente PAOLI, *Nozioni elem. di diritto penale*, pp. 67, 70; IMPALLOMENI, *Istituzioni*, pp. 69-70.

il risultato dell'uccisione e quindi oltre lo scopo di uccidere, altri effetti o risultati, e quindi altri scopi, può voler raggiungere il reo, che non sono punto richiesti per l'esistenza e perfezione giuridica del delitto di omicidio; si può voler uccidere, perchè si vuol vendicarsi, o derubare, o carpire una eredità, e questo effetto o risultato e quindi questo scopo ulteriore (vendetta, furto, sottrazione di eredità, ecc.), è alla legge indifferente che si sia, o no, raggiunto. In altri termini la legge, per la esistenza giuridica di un reato, richiede bensì che ad una *azione* o omissione segua come suo *effetto* o *risultato*, un evento determinato (modificazione del mondo esteriore) sia esso un danno o un pericolo; e ciò richiede per ogni delitto, appartenga esso a quelli che si dicon *materiali*, come a quelli che si chiaman *formali*, ai delitti dolosi, come ai delitti colposi, e anche pei delitti tentati e mancati e perfino per le contravvenzioni. Ma non richiede mai, neppure nei delitti c. d. materiali, che il reo abbia raggiunto lo scopo ultimo, conseguito cioè l'effetto o risultato o successo finale a cui l'azione era diretta, vale a dire che il reo aveva in mira e voleva ottenere. Ciò che, da tal punto di vista, essa richiede è sempre e soltanto questo: che la modificazione del mondo esteriore (sia essa un danno o un pericolo) la quale deve conseguire, come effetto o risultato, dalla estrinsecazione di volontà di un uomo, perchè questa costituisca un reato, sia dall'agente voluta (e prima ancora quindi conosciuta) come conseguenza della sua manifestazione di volontà (art. 45, Cod. pen.): e questo richiede non solo nei delitti che producono un danno (c. d. delitti materiali), ma anche in quelli che producono un semplice pericolo (c. d. delitti formali); non solo nei delitti dolosi, in cui v'è sempre un risultato della estrinsecazione di volontà, danno o pericolo, che deve esser previsto e voluto (dolo di danno o dolo di pericolo (cfr. *oltre*, n. 104-105), ma perfino nei delitti colposi, in cui v'è pur sempre un risultato della manifestazione di volontà (consistente in un pericolo (possibilità di un danno)) che deve essere *voluto* e quindi conosciuto (come risultato, non come pericolo) quantunque non previsto nè voluto, e nemmeno necessariamente prevedibile *dall'agente*, debba essere il danno che dall'azione sia inoltre derivato (dolo di danno) (cfr. oltre, testo n. 104 e nota 114); non solo nei delitti consumati (delitti di danno o di pericolo), ma anche nei delitti tentati in cui, conosciuto e voluto, oltre che il risultato produttivo di un pericolo di danno, deve essere anche il danno, che non si è verifi-

cato; non solo nei delitti, ma perfino nelle contravvenzioni, in cui vi è pur sempre un risultato (dannoso all'interesse dello Stato) che si presume sia, e quindi è normalmente, conosciuto e voluto. Distinguere, non che fra i delitti, fra i reati in genere, quelli che consistono in pure e semplici estrinsecazioni di volontà, non accompagnate da nessun risultato o effetto o evento (reati formali, particolarmente delitti formali) e quelli che consistono in estrinsecazioni di volontà susseguite da un risultato o effetto o evento determinato (reati materiali, particolarmente delitti materiali) è, dunque, impossibile.

Ma si è detto: è vero che ogni reato, in quanto è *azione*, produce necessariamente un *effetto* o *risultato*: ma non è vero che questo *effetto* o *risultato* consista sempre in una modificazione del mondo esteriore (104). Vi sono reati che hanno per effetto o risultato, non già una modificazione del mondo *esteriore*, ma invece una modificazione del mondo *interiore* (105). Così l'ingiuria verbale, la minaccia verbale, la calunnia, l'oltraggio, lo spergiuro, la falsa testimonianza, la rivelazione del segreto professionale, le mentite

---

(104) Così specialmente: Liepmann, *Einleitung in das Strafrecht*, Berlin, 1900, § 6, *sub* 1 *a)* e *b)* pp. 78, 79, 80. Il Liepmann vorrebbe sostituire al concetto del risultato come " modificazione del mondo esteriore „ (*Veränderung in der Aussenwelt*) il concetto del risultato come " modificazione del mondo giuridico „ (*Veränderung in der Rechtswelt*): op. cit., p. 81, *sub* 3; vedi anche l'articolo nella " Zeitschrift f. die gesammte Strafrechtwissenschaft „, Bd. XXII, p. 74. Ma ogni modificazione del mondo giuridico è modificazione del mondo sociale e quindi necessariamente del mondo esteriore a colui che vuole ed agisce. D'altronde nessuno nega che la modificazione nel mondo esteriore, cioè il risultato, debba avere una importanza sociale e giuridica; appunto perciò si richiede che essa porti seco un danno o un pericolo di danno per un bene e un interesse umano giuridicamente protetto. Chè se, come pare, con la formola " modificazione del mondo giuridico „ intende il Liepmann di accennare agli effetti psico-sociali del reato, egli viene a confondere il danno o il pericolo immediato e diretto col danno o col pericolo mediato e indiretto del reato (sul quale v. oltre § 3 di questo capitolo). Contro Liepmann, ma per ragioni diverse e non probanti; Liszt, *Lehrbuch*, 10ª ed. (1900), § 28, p. 103, nota 3; 12ª e 13ª ed. (1903), § 28, p. 125, nota 3, nonchè M. E. Mayer, *Die Schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht*, Freiburg, 1901, p. 21.

(105) " Nicht sinnfälligen Veranderungen der Innenwelt „ dice il Freudenthal, *Die Begegnungsdelikte*, 1899, p. 31; *Die Nothwendige Theilnahme am Verbrechen* (Beling, " Abhandl. „, Heft XVII), Tübingen, 1901, p. 30.

generalità, le grida sediziose, gli schiamazzi notturni, la violazione del domicilio, ecc. (106).

Se non che questa obiezione non è che il frutto di un equivoco intorno al valore della espressione " mondo esteriore „ (o realtà esteriore) (107). Mondo esteriore, nel senso in cui qui se ne parla, non è già, come dice il Liepmann, " il complesso dei fenomeni e degli stati che stanno, l'un coll'altro, in una relazione di spazio „ (108). Quando si dice mondo esteriore si intende, in primo luogo, non già *esteriore* di fronte a tutti e ad ognuno, ma esteriore di fronte a colui che è soggetto della manifestazione di volontà, dell'azione o omissione del cui risultato o effetto si parla: e ciò che rispetto a un soggetto (nel caso nostro: all'agente) è *esteriore*, può ben essere *interiore* rispetto a un altro (nel caso nostro: al paziente). Esteriore, poi, rispetto a chi agisce, non è soltanto ciò che è sottoposto ai suoi sensi, ma in genere ciò che è sottoposto alla sua conoscenza e quindi alla sua coscienza; e tale non è solo la realtà fisica o materiale (il complesso dei fenomeni o stati che sono fra loro in relazione di spazio), ma anche la realtà psichica e immateriale, che è anch'essa realtà, il complesso, cioè, dei fatti psichici, dei fenomeni della coscienza (rappresentazioni, sentimenti, volizioni): quindi, non soltanto le *cose*, non soltanto gli *uomini* nella loro vita fisica o fisiologica, ma anche gli uomini nella loro vita psichica o spirituale, sono *realtà esteriore* o *mondo esteriore* rispetto all'uomo che vuole ed agisce. Del resto, dal momento che una estrinsecazione di volontà, azione o omissione, di un uomo, per essere reato, ha bisogno di toccare in qualsiasi modo l'interesse di un altro uomo, dal momento che gli uomini non possono essere in rapporto fra loro se non traverso il *medium* del senso, perchè, come diceva

---

(106) Per questi e altri esempi addotti contro la dominante concezione del risultato dell'azione come modificazione del mondo esteriore, si veda: Liepmann, *Einleitung in das Strafrecht*, Berlin, 1900, pp. 79 e 80; Oppenheim, *Die Objekte des Verbrechens*, Basel, 1894, p. 33; Hold von Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, Bd. I, Iena (1903), pp. 384-385. Questi autori insistono sopra tutto nell'esempio dell'ingiuria verbale.

(107) Il Liszt, *Lehrbuch*, 10ª ed. (1900), § 28, p. 103, nota 3, osserva anche egli: " L'obiezione... nasce da un errore: il mondo interiore degli altri appartiene al mio mondo esteriore „.

(108) Liepmann, *Einleitung in das Strafrecht*, Berlin, 1900, p. 79, *sub b)*.

il Romagnosi, fisico è il commercio dell'uomo con gli altri uomini, come dell'uomo con la natura (109), è evidente che non sarebbe erroneo neppure il dire che il risultato della azione costituente il reato deve essere una modificazione " sensibile „ del mondo esteriore (110): tanto meno è inesatto il dire che essa deve essere, semplicemente, una modificazione del mondo esteriore. Anche quei reati nei quali l'elemento fisico è meno apparente e più passaggero, per esempio, le ingiurie o le minaccie verbali, l'oltraggio, la calunnia, lo spergiuro, la falsa testimonianza, la rivelazione del segreto (politico, domestico, professionale, ufficiale), le mentite generalità, le grida sediziose, gli schiamazzi notturni e via dicendo, hanno pur sempre per risultato una modificazione, e anzi una modificazione *sensibile*, del mondo esteriore. Non fosse altro che la ondulazione o vibrazione dell'aria messa in moto dalla voce che pronunzia l'ingiuria, la minaccia, l'oltraggio, lo spergiuro, la falsa deposizione, che rivela il segreto, che mentisce le generalità, che grida, che fa chiasso e via dicendo; non fosse altro che il suono che colpisce l'orecchio, senza contare le modificazioni fisiologiche e psichiche (rappresentazioni, sentimenti, volizioni), che si determinano nell'offeso per effetto della voce e della parola, non ve ne sarebbe sempre abbastanza per dire che una modificazione del mondo esteriore c'è stata, e c'è sempre, per effetto dell'azione di un uomo? (111).

Concludendo: tutti i reati così detti *formali*, in quanto sono azioni, manifestazioni di volontà, producono necessariamente un risultato o effetto o conseguenza, consistente in una modificazione del mondo esteriore (evento, avvenimento — secondo altri — fatto). Questo risultato, che ogni reato direttamente e immediatamente

(109) Romagnosi, *Genesi del diritto penale*, vol. I, Milano, 1840, § 563.

(110) Così dice, ad es., il Liszt, *Lehrbuch*, 17ª ed. (1908), § 28, p. 123, ll. 1: " Sinnfällige Veränderung in der Aussenwelt „.

(111) Nello stesso senso, specialmente a proposito dell'ingiuria verbale, Liszt, *Lehrbuch*, 17ª ed. (1908), § 28, p. 123: " Auch die wörtliche Beleidigung öder die unzüchtige Ausserung sind nicht denkbar ohne dass sie von einen anderen Person sinnlich wahrgenommen worden sind „. Ugualmente: Ortolan, *Éléments de droit pénal*, Paris, 1863, t. I, nº 1133, pp. 484-485, e anche Haus, *Principes de droit pénal belge*, Gand, 1869, nº 241, p. 168 (relativamente ai delitti di omissione).

produce, non può essere che un danno o un pericolo. I delitti, dunque, per cominciare da essi, dal punto di vista del rapporto in cui si trovano coi beni e con gli interessi immediatamente tutelati dal diritto penale, si distinguono in due grandi gruppi: *delitti di danno o di lesione* e *delitti di pericolo o di minaccia* (112).

104. *a) Delitti di danno o di lesione.* Sono, come dice lo stesso nome, quei delitti che hanno per risultato o effetto, immediato e diretto, un *danno* (effettivo, reale, concreto) o, che è lo stesso, una *lesione*: quei delitti, cioè, in cui la estrinsecazione di volontà (azione o omissione) che li costituisce produce una modificazione del mondo esteriore la quale distrugge o diminuisce un bene, sacrifica o re-

---

(112) La distinzione fra *delitti di danno* e *delitti di pericolo* (corrispondente alla distinzione fra divieti di danno e divieti di pericolo) è propugnata da: BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Bd. I, 2ª ed., Leipzig, 1890, p. 111 e segg., p. 326 e segg.; *Handbuch des deutsch. Strafrechts*, Leipzig, 1885, Bd. I, pp. 170, 171 e accettata da molti: cfr., ad es.: MEYER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 5ª ed., Leipzig, 1895, § 4, p. 27; WACHENFELD, *Strafrecht* nella HOLTZENDORFF-KOHLER's " Encyclopädie der Rechtswissenschaft ", 4ª ed., Berlin, 1904, vol. II, p. 296; FINGER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1904, Bd. I, § 20, p. 105, § 52, p. 271; LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 17ª ed., 1908, § 32, p. 139 e più esplicitamente nelle edizioni precedenti (12ª ed., 1903, § 32, p. 141; 10ª ed., 1900, § 32, pp. 118-119); JANKA, *Das Oesterreichische Strafrecht*, 4ª ed., Wien, 1902, § 35, p. 54; BELING, *Grundzüge des Strafrechts*, 3ª ed., Tübingen, 1905, § 27, p. 34; *Lehre von Verbrechen*, Tübingen, 1906, § 21, p. 210 e segg.. Meno recente: OPPENHEIM, *Die Objekte des Verbrechens*, Basel, 1894, § 29, pp. 204-210. Il MERKEL, *Lehrbuch des deutsch. Strafrechts*, Stuttgart, 1889, § 15, pp. 41-46, distingue i reati in cinque categorie: delitti di lesione o di risultato; delitti di aggressione: delitti di preparazione; delitti di pericolo concreto; delitti di pericolo astratto. La prima categoria non è che la nostra dei delitti di danno (male si intitola delitti di risultato: un risultato è anche il pericolo). La seconda, che sarebbe quella dei delitti senza risultato o di pura attività o puramente formali, non può che coincidere con quella dei delitti di pericolo (cfr. retro n. 103). La terza è pure inammissibile (cfr. in proposito: BINDING, *Die Normen u. ihre Uebertretung*, Bd. I (2ª ed.), p. 409, nota 37). La quarta non è che la nostra categoria dei delitti di pericolo o di minaccia. La quinta, che corrisponde ai reati contravvenzionali, non è, appunto per ciò, ammissibile: il pericolo astratto non è che la possibilità del pericolo e questa, come si vedrà, non forma punto una caratteristica delle contravvenzioni, le quali sono invece reati di danno o di lesione (dell'interesse della amministrazione) (cfr. *oltre* n. 168 e segg., specialm. 115).

stringe un interesse, immediatamente e direttamente tutelato dal diritto penale. Dal momento che la legge richiede qui la effettivamente avvenuta perdita o limitazione di un bene e di un interesse, cioè un danno effettivo, è evidente che l'esistenza di questo danno è *necessaria* alla consumazione o perfezione giuridica del delitto, che essa è un elemento costitutivo o essenziale del delitto stesso, e deve essere constatata e dimostrata, cioè, *provata*, in ogni singolo caso: purchè la prova sia acquisita in giudizio, poco importa poi se essa sia prodotta per opera della parte o del giudice. L'esistenza di questo danno è tuttavia anche *sufficiente* nel senso che non occorre attendere ulteriori risultati dannosi della estrinsecazione di volontà, eventualmente avuti in mira dall'agente (113). A tali delitti appartengono, per esempio, l'omicidio, la lesione personale, il danneggiamento, la truffa e altri innumerevoli. Sono per la massima parte i così detti delitti *materiali* della comune dottrina. Il danno che deriva immediatamente e direttamente da questi delitti può essere un *danno fisico o corporale* (p. e., alla vita, alla sanità del corpo e dello spirito) ovvero un danno non fisico, non corporale (incorporale) (p. e., all'onore, alla libertà, ecc.), può essere un danno economico o patrimoniale (alla proprietà, al possesso e ad altri diritti patrimoniali, reali e di credito) ovvero un danno non economico, non patrimoniale (c. d., *danno morale* che comprende anche il danno fisico o corporale): in una parola può essere un danno materiale (fisico e economico) o un danno immateriale (psichico o morale).

---

(113) Inammissibile è la concezione del così detto *delitto esaurito* (Cfr. per essa: CARRARA, *Programma*, vol. I, parte generale, 6ª ed. (1886), § 49 *bis*; BARSANTI, *Del pentimento nei reati e suoi effetti giuridici*, Macerata, 1885; *Del delitto esaurito*, Macerata. 1890). *Oggettivamente* un delitto non è mai esaurito, giacchè non essendovi modificazione del mondo esteriore che non possa produrre a sua volta una modificazione ulteriore del mondo stesso, non si può mai dire " che il delitto *abbia prodotto tutti gli effetti dannosi che erano conseguenza della violazione* „ (CARRARA, op. cit., l. c.). *Soggettivamente* poi nulla rileva, dal punto di vista giuridico, che il delitto *abbia prodotto tutti gli effetti dannosi ai quali mirava l'agente* (CARRARA, op. cit., l. c.) giacchè, come si è detto (cfr. sopra testo n. 103), il diritto non richiede mai che il reo abbia raggiunto lo scopo o gli scopi che voleva raggiungere: non lo richiede per la perfezione giuridica del reato e quindi per il sorgere o non sorgere della conseguenza giuridica penale e neppure per il modificarsi o l'estinguersi della conseguenza medesima.

E se nel “ *danno civile o privato* „, cioè nel danno *risarcibile* si comprende non il solo danno economico o patrimoniale, ma anche il danno non economico, non patrimoniale cioè *personale* (c. d. danno morale); se cioè si ammette che risarcibile, secondo il nostro diritto, sia anche quest'ultimo, è chiaro che nei delitti in cui un danno è richiesto alla loro consumazione, il *danno civile o privato* non si distingue dal *danno criminale* che da tali delitti *direttamente* e *immediatamente* deriva. Non si distingue se non per ciò: che, mentre nel campo del diritto penale uno solo è il risultato dannoso giuridicamente rilevante per la perfezione del reato (e quindi per il sorgere della conseguenza giuridica penale) e gli altri risultati anteriori (p. e., le lesioni nell'omicidio) o posteriori (per es., nello stesso omicidio il danno patrimoniale conseguente alla morte della vittima) o non hanno alcuna importanza giuridica penale o ne hanno una affatto secondaria (relativa alla misura della pena); nel campo del diritto privato, invece, più possono essere i risultati dannosi giuridicamente rilevanti agli effetti del risarcimento del danno (p. e., nell'omicidio il danno personale (o morale) consistente nella privazione della vita e il danno patrimoniale che ne deriva agli eredi). E un altro punto di distinzione è in ciò: che mentre il danno *patrimoniale* giuridicamente rilevante dal punto di vista del diritto penale è sempre quello sofferto dal soggetto passivo del reato (vittima, offeso, leso, paziente), il danno da lui *personalmente* patito nel patrimonio (così nei delitti patrimoniali); il danno *patrimoniale* giuridicamente rilevante dal punto di vista del diritto privato, cioè il danno risarcibile, può anche non essere personale all'offeso, ma proprio, invece, dei successori o eredi di lui. Il principio di diritto privato che i diritti patrimoniali si trasmettono agli eredi fa sì che si consideri come giuridicamente trasmissibile anche la restrizione o il sacrificio degli interessi che costituiscono i diritti stessi, cioè il *danno patrimoniale*.

I delitti di danno o di lesione, appunto perchè recano un danno o una lesione, ammettono sempre la figura del tentativo (delitto imperfetto: art. 61 e 62 c. p.): la possibilità o probabilità di un danno, cioè, il *pericolo* di un danno (pericolo reale o effettivo, passato e presente) è infatti sempre concepibile quando esiste un danno. I delitti di danno o di lesione possono essere in primo luogo delitti dolosi. Il dolo, nei delitti di danno, assume il carattere di una cosciente volontà di nuocere cioè di recar danno a un

bene o a un interesse umano (*animus nocendi*): e *dolo di danno*. Possono essere inoltre delitti *colposi*. *Colpa* non è, invero, che una *condotta* (azione o omissione) *pericolosa epperò giuridicamente vietata da cui deriva un risultato dannoso non preveduto nè voluto dall'agente* (114), e, come tale, essa è sempre configurabile nei delitti che producono un danno.

105. *b) Delitti di pericolo o di minaccia.* Tutti i delitti che non producono una lesione, alla cui consumazione, cioè, non si richiede un danno effettivo, appartengono a questa categoria. Delitti di pericolo o di minaccia sono quei delitti che hanno per *risultato* o *effetto*, diretto e immediato, non già un danno (effettivo, reale,

---

(114) Secondo a noi pare, perchè vi sia colpa è necessario: 1° la volontaria produzione (azione) o il volontario non impedimento (omissione) di un risultato oggettivamente *pericoloso* (pericolo); 2° una norma e quindi un dovere giuridico, generico o specifico, di astenersi da quella azione o omissione (a cagione appunto del *pericolo* che ne risulta); 3° un risultato (ulteriore) dannoso di questa azione o omissione (danno); 4° il difetto di previsione e di volontà del danno da parte dell'agente; 5° la prevedibilità del danno secondo il comune giudizio, cioè l'esistenza di un giudizio sociale sul pericolo, non però la prevedibilità del danno secondo il giudizio dell'autore del fatto, cioè l'esistenza di un giudizio *di lui* sul pericolo. Basta che l'autore del fatto conosca il rapporto di causalità tra l'evento (che costituisce il pericolo) e la sua estrinsecazione di volontà (positiva o negativa): non si richiede che egli *fosse in grado* di conoscere il pericolo cioè di prevedere il danno. Che in tal modo si eliminino le obiezioni acutamente mosse dallo STOPPATO (*L'evento punibile*, Padova, 1898, capo III, art. 1: *Causalità e colpa penale* in " Riv. penale ", vol. LIII, 383 e segg.) alla teoria tradizionale (che richiede appunto la prevedibilità del danno da parte dell'agente, cioè, come noi diciamo, il giudizio sul pericolo da parte dell'autore del fatto) è evidente. Sulla nozione della " colpa " in senso non però del tutto simile, vedi già la mia *Riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, Napoli, 1906, pp. 272-273; 279-280. Il MANZINI, nel suo recente *Trattato di diritto penale*, vol. II, Torino, 1908, n° 312, p. 44 e segg. (come già lo STOPPATO, op. cit., l. c.), elimina dalla nozione di colpa ogni concetto di *prevedibilità*. Ma escludere dalla nozione della colpa la prevedibilità del danno *anche da parte della società*, significa per ciò stesso escludere da essa ogni concetto di *pericolo* (che non può esistere solo oggettivamente, senza un qualsiasi giudizio su di esso), e allora, se l'azione o omissione colposa *non è pericolosa*, non reca cioè con sè la *possibilità di un danno*, come si spiega che da essa derivi (o debba derivare per la punibilità del delitto colposo) un evento dannoso?

concreto) ma un *pericolo* (danno potenziale, possibile o probabile); e si intende pericolo effettivo (o reale o concreto) così passato (corso) che presente (imminente), non già pericolo eventuale, possibile o probabile (potenziale, astratto, indeterminato) e futuro (115). Sono dunque quei delitti in cui la estrinsecazione di volontà (azione o omissione) che li costituisce produce una modificazione del mondo esteriore che reca in sè la attitudine (idoneità, capacità, potenza) di un danno (sacrificio o diminuzione di un bene e di un interesse). Dal momento che la legge richiede qui la effettiva verificazione di un risultato o stato di fatto o evento capace di produrre danno, l'effettiva produzione o l'effettivo non impedimento di un pericolo, è evidente che l'esistenza di un *pericolo effettivo* è necessaria alla perfezione giuridica del delitto, ne è un elemento costitutivo ed essenziale, e deve esser *provata*, di volta in volta, nei singoli casi, dinanzi al giudice. Irrilevante a tal fine è invece per essi la prova del danno in cui il pericolo eventualmente si sia convertito. — A tali delitti appartengono, per esempio, l'ingiuria, la diffamazione, la minaccia, i delitti contro la sicurezza dello Stato in genere, ecc. (non però, come suol dirsi, l'oltraggio, la calunnia, la falsa testimonianza, ecc., nè i c. d. delitti di comune pericolo, i quali tutti, se costituiscono un pericolo per un bene o interesse individuale, costituiscono però una lesione e un danno per un interesse collettivo, secondo i casi dello Stato (pubblica amministrazione, amministrazione della giustizia, ecc.) o della società (p. e., incolumità pubblica). Sono questi, per gran parte, i c. d. delitti *formali* della comune dottrina. È sopra tutto in questi delitti che si avverte la differenza fra il *reato* e il *torto* (delitto e quasi delitto) *civile*, giacchè mentre al delitto (penale) di pericolo o di minaccia, basta appunto l'esistenza di un puro pericolo e di una semplice minaccia di un bene e di un interesse giuridico, al delitto o quasi delitto civile sempre occorre l'esistenza di un *danno* o di una *lesione ef-*

---

(115) È da osservare che non ogni azione la quale porta con sè un pericolo o una minaccia di beni o interessi giuridici può essere penalmente vietata. La vita ammette e anzi impone un certo rischio. Ben dice perciò il Löffler, *Schuldformen des Strafrechts*, Leipzig, 1895, pp. 7 e 8, che la legislazione permette quelle azioni, l'interesse alla commissione delle quali è più grande del rischio che questa porta con sè, in cui, cioè, l'interesse al bene giuridico minacciato si moltiplica coi coefficienti di probabilità dell'offesa.

fettiva di un diritto subiettivo o di un interesse giuridico (patrimoniale o non patrimoniale).

I delitti di pericolo o di minaccia, appunto perchè producono un pericolo, e non già un *danno*, non ammettono il tentativo (delitto imperfetto: art. 61 e 62 c. p.): la possibilità o probabilità di un pericolo, il pericolo di un pericolo, non è infatti bastevole alla figura del delitto imperfetto (tentato e mancato). In sostanza, i delitti di pericolo o di minaccia sono essi stessi da un certo punto di vista, dal punto di vista, cioè, del danno che da essi può nascere, sebbene non sia necessario che nasca, delitti imperfetti, talvolta anzi semplici atti di preparazione (e non già di esecuzione) di un delitto; delitti imperfetti (o atti preparatori di un delitto), giuridicamente considerati come delitti completi e perfetti, o meglio come delitti a sè stanti, autonomi e indipendenti da altri delitti (*delicta sui generis*) invece che come fasi o stadi o parti di altri delitti, cioè, come tentativi (da un punto di vista opposto si può però anche dire che l'*imperfezione giuridica* di un delitto è, invece, un particolare e eccezionale modo di essere di certi delitti (delitti di danno)). Ora il tentativo di un tentativo non è giuridicamente ammissibile. — I delitti di pericolo o di minaccia sono *delitti dolosi*. Il dolo che si ha nei delitti di pericolo si chiama *dolo di pericolo* (*Gefährdungsvorsatz*). Esso consiste nella cosciente volontà di porre in pericolo un bene e un interesse umano. Si distingue dal dolo di danno, che si riscontra nei delitti di danno o di lesione, appunto per ciò che, in questo, ciò che è voluto è un danno, in quello, è soltanto un pericolo. Ma poichè volere un pericolo è volere la possibilità di un danno, così al dolo di pericolo è necessaria la previsione (non però la volontà) del danno non verificatosi. Il dolo di pericolo si distingue così anche dalla colpa: *a)* perchè per esservi colpa (e delitto colposo) è necessario il verificarsi di un evento dannoso, mentre per esservi dolo di pericolo (e delitto di pericolo) non è necessaria la verificazione dell'evento dannoso: *b)* perchè, mentre nella colpa l'evento dannoso non deve essere nè previsto nè voluto, nel dolo di pericolo esso deve essere previsto, sebbene non voluto (116).

(116) Il concetto del dolo di pericolo (*Gefährdungsvorsatz*) è una creazione tutta recente della dottrina germanica: cfr. per primo: Stooss, nella " Zeit-

I delitti di pericolo, per conseguenza, non possono essere mai *delitti colposi*. Una condotta infatti, che contiene in sè, non un pericolo effettivo, ma la possibilità di un pericolo, può aver per risultato un pericolo effettivo, ma non un danno effettivo: non può quindi dar luogo alla nozione della colpa e del delitto colposo (cfr. avanti, n. 104 e nota).

106. *c)* Ai *delitti* (così di danno che di pericolo) si sogliono contrapporre le *contravvenzioni*, la cui natura giuridica in sè, e in confronto di quelli, dà luogo a gravi incertezze (117).

a) Si è detto che sono delitti quei reati mediante i quali vengono offesi diritti innati (naturali e quindi originari), contravvenzioni quelli mediante i quali vengono offesi diritti acquisiti (civili, positivi, e quindi derivati); distinzione che risale al diritto romano (118) e come tale è antichissima, ma che continuamente

---

schrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft „, Bd. XV (1895), pp. 199-201 (non che nella sua Relazione al progetto svizzero di un codice penale unico) e posteriormente: LILIENTHAL, nella stessa " Zeitschrift „, Bd. XV, p. 318; LISZT, *Tödtung und Lebensgefährdung* nella " Vergleichende Darstellung d. deutsch. und Ausland. Strafrechts „, vol. V (Berlin, 1905), p. 155; BUSCH, *Gefahr und Gefährdungvorsatz in der Dogmatik der modernen Strafrechts*, Leipzig, 1897, p. 52 e segg.; MIRICKA, *Die Formen der Strafschuld*, 1903, pagina 192; GYR, *Die Vergiftung als Gefährdungsdelikt*, 1904, p. 59. La nozione che noi ne porgiamo non coincide in tutto con quella dello STOOSS e degli altri autori citati. Essa si riconnette a quella teorica del dolo che prende il nome di *Willenstheorie* (teoria della volontà) non a quella che prende il nome di *Vorstellungstheorie* (teoria della rappresentazione), a proposito delle quali mi limito a rinviare alla recente monografia del ROHLAND, *Willenstheorie und Vorstellungtheorie im Strafrecht*, Freiburg in Breisgau, 1904. Data come vera la *teoria della rappresentazione*, il concetto del dolo di pericolo sarebbe, a nostro modo di vedere, inammissibile.

(117) La questione della distinzione fra delitto (c. d. torto criminale) e contravvenzione (c. d. torto di polizia: *Polizei-Unrecht*), fu oggetto di esame del VI Congresso nazionale della " Internationale Kriminalistische Vereinigung „ in Monaco (v. " Mitteilungen „, Bd. VII, p. 186 e segg.) e occupò anche l'VIII Congresso di questa associazione in Budapest (v. " Mitteilungen „, Bd. VIII, p. 289 e segg.): ma su di essa non si potè giungere ad alcun accordo.

(118) " *Quaedam natura turpia sunt, quaedam civiliter et quasi more civitatis* „, ULPIANUS, l. 42, " Dig. „, *De verborum significatione*, L, 16. Altrove il diritto romano distingue fra i fatti che hanno e quelli che non hanno *atrocitatem*

ripullula nella dottrina (119); distinzione che non ha bisogno di essere confutata se non ricordando che diritti *innati* o *naturali* o (in tal senso) *originari* non esistono, e ogni diritto (subiettivo) è *positivo* (civile, acquisito, derivato) nel senso che è dato dall'*ordinamento giuridico positivo* (diritto obiettivo) di uno Stato determinato.

b) Si è detto che delitti sono quei reati che violano *diritti* (subiettivi) *naturali*, contravvenzioni quelli che non offendono tali diritti naturali, ma violano invece, secondo alcuni, una *norma di legge* (diritto (positivo) obiettivo) e un *diritto subiettivo dello Stato all'obbedienza*, dalle leggi creato (120), secondo altri, *interessi generali* (121). E anche qui è da osservare che diritti naturali non esistono; che non tutti i delitti ledono o minacciano diritti su-

---

facinoris (cfr. Ferrini, *Diritto penale romano*, Milano, 1899, p. 210 e segg.): ma questa distinzione, meglio che alla distinzione moderna fra delitto e contravvenzione, corrisponde forse a quella, anch'essa moderna, ma non più vigente in Italia, fra *crimini* (o misfatti) e *delitti* (cfr. anche Carrara, *Programma*, vol. I, parte gen., § 51 nota 1).

(119) Fra gli autori più antichi, vedi: Lotz, *Ueber den Begriff der Polizei und den Umfang der Staatspolizeigewalt*, Hildburghausen, 1807; *Ueber das Verhältniss der Polizei zur Kriminaljustiz* nel " Neues Archiv des Criminalrechts ", IV, p. 485 e segg. Fra i più moderni, Brusa, *La Cassazione di Napoli e il progetto di codice penale*, " Annali di giurisprudenza ", parte III (1869), e su le sue traccie: Civoli, *Lezioni di diritto penale*, parte prima, Torino, 1895, lezione XX, p. 166, e più di recente: *Manuale di diritto penale*, Milano, 1900, n° 93, pp. 285-287, dove riprende questo concetto e, pur combattendo la distinzione fra diritto naturale e civile (v. p. 285 nota 1), ritiene che, nel nostro diritto penale, i delitti abbiano assunto il carattere di fatti contrari al diritto naturale, le contravvenzioni di fatti contrari al diritto civile; che gli uni violino diritti naturali, riconosciuti dalla legge, le altre diritti creati dalla legge medesima (v. specialmente p. 286).

(120) Cfr. Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* (14ª ed.), Giessen, 1847, § 22, p. 46; *Ueber Polizeistrafgesetzgebung überhaupt und den 2 Teil des Entwurfs des Strafgesetzbüchs*, München, 1822 (in Feuerbach's " Leben und Wirken ", Bd. II, pp. 346-378). Vedasi anche: Luden, *Handbuch des teutschen gemeinen und partikularen Strafrechts*, Bd. I, Jena, 1842, p. 203 e segg.; *Abhandlungen aus. d. Strafr.*, Groninga, 1840, Bd. II, p. 166 e segg.

(121) Cfr. Waechter, *Lehrbuch des römisch teutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1825-1826, Bd. I, pp. 106-107; II, p. 1 e segg., 536 e segg.; *Sächsische und Thüringsche Strafrecht*, Stuttgart, 1857, p. 296 e segg.; *Deutsches Strafrecht*, Leipzig, 1881, pp. 24, 120, 121.

biettivi, neanche nel senso tecnico e proprio della parola (diritti subiettivi, a dir così, positivi); che non esiste diritto obiettivo, senza diritto subiettivo, e neanche un diritto all'obbedienza per l'obbedienza; che anche i delitti violano sempre indirettamente e spesso direttamente interessi generali (122).

c) Si è detto che delitti sono quei reati i quali contengono una *lesione*, contravvenzioni quelli che contengono un *pericolo* (123); ma esistono, da un lato, *delitti di pericolo o di minaccia* e, dall'altro, *contravvenzioni di danno o di lesione* di beni e interessi individuali o collettivi, anzi ogni contravvenzione in certo senso porta sempre con sè un danno o una lesione (all'interesse amministrativo dello Stato); inoltre, ogni reato, delitto o contravvenzione, contiene sempre un pericolo, indiretto e mediato, per la società e per lo Stato.

d) Si è detto che delitti sono quei reati che offendono la sicurezza pubblica (sociale) o privata (individuale), concepiti come diritti di natura, e le leggi che le proteggono, contravvenzioni invece quei reati che offendono la pubblica prosperità e le leggi che la proteggono (124). Ma è da osservare che non vi sono diritti di

---

(122) Contro Feuerbach e Waechter anche su questo punto: Birnbaum, *Ueber das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriff d. Verbrechens*, " Archiv. d. Criminalr. „, N. F., 1834, p. 149 e segg.

(123) Cfr. Grolmann, *Grundsätze der Criminalrechtwissenschaft*, Giessen, 1798 (4ª ed., 1825), § 365; Köstlin, *Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts*, Tübingen, 1845, pp. 28, 691-703; *System des deutschen Strafrechts*, Tübingen, 1855, § 18, pp. 17-26 (v. anche p. 1 e segg.) (secondo il quale il torto di polizia offende, non il diritto, come diritto (naturale), ma la parte positiva di esso e non consiste, come dice il Feuerbach, nell'offesa al diritto di obbedienza, ma in un pericolo *per la società* e mediatamente per lo stato di diritto); Seeger nel Goltdammer's " Archiv. fr. preuss. Strafrechts „, 1870, p. 243; Geyer nella " Kritische Vierteljahreschrift „, 1873, p. 43; Kärcher nel " Gerichtssaal „, 1883, p. 490; Merkel, *Juristische Encyclopädie*, 3ª ed., Berlin, 1904, § 767, p. 308 (diversamente in altre opere).

(124) Cfr. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Venezia, 1781, §§ VIII e XI (vedi anche 3, 6, 25); *Sulle riforme del codice* in appendice al Cantù, *Beccaria e il diritto penale*, Barbèra, 1862, pp. 346-348; Poggi, *Elementa jurisprudentiae criminalis*, Florentiae, 1838, § 1214 (anche nel trattato inedito delle trasgressioni): Carmignani, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, III, Pisa, 1832, parte III (Della difesa preventiva), cap. I specialmente cap. II (Ragioni della legge nel creare il delitto di polizia), pp. 261-292 (v. anche libro II, cap. VI); *Elementi di diritto criminale*, Napoli, 1854, §§ 5, 17-23; 152 e 159, 1213-1236; Buon-

natura, che la sicurezza della società o dell'individuo, non può essere data dalla legge di natura, ma soltanto dal diritto positivo dello Stato; che tutto il diritto è tutela di interessi dell'individuo e della società e, perchè è tutela, dà sicurezza; che ogni offesa del diritto è perciò offesa della sicurezza e reciprocamente; che anche intesa per sicurezza la conservazione dei soggetti e per prosperità il loro perfezionamento, è certo che non tutte le contravvenzioni offendono la prosperità, ma alcune offendono, invece, la sicurezza (125).

e) Si è detto che delitti sono quei reati che violano un diritto subiettivo (secondo alcuni, un diritto naturale, secondo altri, un diritto creato dall'ordine giuridico positivo), cioè che offendono, realmente o potenzialmente (ledono o minacciano), un diritto e quindi recano un danno reale o un danno potenziale, cioè un pericolo (pericolo effettivo); contravvenzioni quei reati che non ledono nè minacciano un diritto subiettivo e quindi non recano danno o pericolo reale o effettivo, ma rappresentano una semplice *possibilità* di pericolo (pericolo appreso, potenziale, eventuale, astratto, generico, presunto, indeterminato, futuro, ecc., secondo le diverse locuzioni degli autori) (126). Ma è da osservare, a parte i pretesi

---

FANTI, *Teoria del regolamento di polizia*, Lucca, 1852; FIANI, *Della polizia considerata come mezzo di preventiva difesa*, Firenze, 1853, specialmente, p. 10 e segg., 19 e segg., 36 e segg.; GIULIANI, *Istituzioni di diritto criminale*, Macerata, 1840, t. I, cap. III, § VI, p. 104; t. II. Macerata. 1841. Introduzione, pagine 11-14; Appendice, pp. 495-496; PUCCIONI, *Il codice penale toscano illustrato*, Pistoia, 1855, t. I, p. 21; DEL LUNGO, *I reati di mera creazione politica*, Firenze, 1870, p. 24 e segg.; CARRARA, *Programma*, vol. I, § 150, nota 1; VIGLIANI, *Relazione al suo prog. di cod. pen.* (1874).

(125) Ciò ammette implicitamente lo stesso CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale*, Napoli, 1854, allorchè, § 1226 (v. anche 1220 e segg., 1226 e segg.), distingue le trasgressioni in " trasgressioni relative alla sicurezza „ e " trasgressioni contro la prosperità pubblica „.

(126) Accenni a questa concezione sono già in: ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, Milano. 1840, vol. II, §§ 1299, 1301, 1327-1329 (nonchè nel rapporto (6 giugno 1806) della Commissione istituita dal Ministro Luosi relativo al progetto di codice penale del Regno italico) e in CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, II, p. 297 e CARRARA, *Programma*, I, § 150, nota 1. Per essa vedasi: CARRARA, *Criterio distintivo delle contravvenzioni dai delitti, Opuscoli*, vol. III, Prato, 1878, p. 601; *Fogli di lavoro sul progetto di codice penale italiano, Opuscoli*, vol. II, p. 336; PAOLI, *Nozioni elementari di diritto penale*, Genova, 1875, art. III, pp. 26-32; *Esposizione storica e scientifica di un decennio di pre-*

diritti naturali, che non sono sempre diritti soggettivi gli interessi offesi dai delitti; che se i delitti sono sempre lesioni o minaccie, danni effettivi o danni potenziali (cioè pericoli effettivi e reali),

---

parazione del codice penale italiano, Firenze, 1886, vol. I, p. 10; Mancini, *Progetto del codice penale* (1876), *colla relazione ministeriale*, Roma, 1877, p. 24 e negli " Atti Parlam. della Cam. dei Dep. „ (tornata 28 nov. 1877), p. 4604; Tolomei, *Diritto e procedura penale*, Padova, 1876, n° 1678; *Delitti e contravvenzioni* nella " Rivista penale „, vol. XXXII, p. 472; Buccellati, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Milano, 1884, n[i] 200 e 1000; *Il nihilismo e la ragione nel diritto penale*, nelle " Memorie dell'Istituto Lombardo di scienze e lettere „, vol. XIV, §§ 179 e 180; Pessina, *Manuale di diritto penale*, parte II, Napoli, 1899, app. p. 289 e segg.; Brusa, *Saggio di una dottrina generale del reato*, Torino, 1884, §§ 30 e 42; *La contravvenzione penale e l'azione civile*, " Rivista penale „, vol. LVIII, p. 389: Lucchini, *Giustizia e Polizia*, nella " Rivista penale „, vol. XX, p. 94 e segg.; *Ancora e sempre contro la tripartizione dei reati* nella " Rivista penale „, vol. XXII, p. 429; Nota nella " Rivista penale „, XXXI, 349; *Recensione*, nella " Rivista penale „, vol. XVI, p. 652; Zanardelli, *Relazione ministeriale sul progetto di cod. pen.* del 22 novembre 1887, Torino, 1888, n. XIV; Villa, *Relaz. per la Comm. della Cam. dei Deputati*, Torino, 1888, n° XVII; Impallomeni, *Concorrenza reale e concorrenza formale dei reati*, Catania, 1884-86, p. 52; *Il sistema generale delle contravvenzioni nel dir. pen. e nel prog. di cod. pen.*, nella " Rivista penale „, vol. XXVIII, p. 205 e segg.; vedasi anche Lanza, *Studi sulle contravvenzioni*, in " Supplemento Rivista penale „, IV, p. 338 e segg., V, p. 5 e segg. (in senso sostanzialmente non diverso); Garbasso, *Nozioni elementari delle contravvenzioni*, Casale, 1889; Tuozzi, *Corso di diritto penale*, vol. I (2ª ediz.), pagine 127-128; IV, p. 183, e specialm., *La costituzione di parte civile nei processi penali per contravvenzione*, " Giustizia penale „, vol. VIII, col. 657; *Ancora una parola su la costituzione di parte civile nei processi per contravvenzione*, Ibidem, vol. IX, col. 257; Marchetti, *Teoria generale delle contravvenzioni*, nel *Trattato* del Cogliolo (I, p. III), p. 6; Majno, *Comm. al cod. pen ital.* (2ª ediz.), Verona, 1903, p. 12; Masucci, *Il codice penale italiano*, vol. II, p. I, Napoli, 1890, n° 20, pp. 44-45; Mecacci, *Trattato di diritto penale*, Torino, 1901, I, p. 263; Vescovi, *Delle contravvenzioni*, " Dig. Ital. „, vol. VIII, parte III, p. 478; Negri, *Le contravvenzioni nel codice penale italiano*, " Enc. di dir. pen. „, del Pessina, vol. X, p. 527, e altri molti. Fra i cultori di diritto pubblico generale vedasi: Ranelletti, *Concetto scientifico della polizia di sicurezza*, nell' "Archivio giurîdico „, 1898, fasc. 3°; *La polizia di sicurezza*, nel " Trattato di dir. amm. „ dell'Orlando, vol. IV, parte I (1904), n. 33, p. 289-290; *Corso di diritto amministrativo*, Macerata, 1903-1904, specialm. pp. 26-27, dove sembra veramente avvicinarsi meglio agli autori indicati *retro* a nota 123. Fra gli scrittori francesi si accosta al concetto riferito nel testo: Ortolan, *Éléments de droit pénal*, Paris, 1863, t. I, n° 613, p. 253.

non sempre le contravvenzioni sono semplici *possibilità o probabilità di pericoli* (pericoli eventuali, potenziali, astratti, generici, indeterminati, futuri, ecc.), essendovi contravvenzioni che recano *pericoli effettivi* e anche *danni effettivi* a determinati beni e interessi individuali o sociali (127) e ogni contravvenzione recando, anzi, sempre un danno (perchè lede un interesse) dello Stato (danno immediato e diretto, oltre che mediato e indiretto); ed essendovi, d'altronde, contravvenzioni, che, a parte la lesione di un interesse dallo Stato, non portano per l'individuo e la società altro che semplici mancanze di utilità (cfr. oltre, n. 109).

f) Si è detto che delitti sono quei reati che ledono o minacciano un bene giuridico o un diritto subiettivo (a parte l'offesa del

---

(127) Ciò è riconosciuto concordemente dalla più recente dottrina italiana: cfr. MAJNO, *Comm. al cod. pen. ital.*, I, Verona, 1903, n° 7, p. 12; STOPPATO, *L'azione civile nascente da contravvenzione*, nella " Temi ", vol. XXVIII (1902), p. 272; *Ancora su l'azione civile nascente da contravvenzione*, Ibid., p. 847 (nonchè nelle sue *Lezioni di diritto penale* (litografie) *ad uso degli studenti*); IMPALLOMENI, *Contributo alla nozione delle contravvenzioni*, " Cass. Un. ", anno XVII, vol. XVI, col. 737; *Istituzioni di diritto penale*, Torino, 1908, p. 80; ESCOBEDO, nella " Giustizia penale ", vol. VIII, coll. 384 e 665; CARNEVALE, *Ammissibilità dell'azione civile nei giudizi di contravvenzione*, nella " Legge ", anno XLIII, col. 819; *Ancora sull'ammissibilità dell'azione civile nei giudizi per contravvenzione*, nella " Riv. di dir. pen. e sociol. crim. ", vol. V, pp. 113 e 165; *Concetto e analisi della contravvenzione*, " Studi Senesi ", vol. XXI, pp. 68 e 282; *La lesione dei beni giuridici nelle contravvenzioni*, estr. dalla " Giustizia penale ", anno XII (1906), fasc. 40, pp. 1-15: CIVOLI, *Dell'elemento del danno nelle contravvenzioni*, nella " Temi ", XXIX, p. 265; MANZINI, *Le contravvenzioni in materia di infortuni e la costituzione di parte civile*, " Rivista di diritto commerciale ", vol. II, p. 310; *Trattato di diritto penale*, vol. I, Torino, 1908, n° 209, p. 357: GISMONDI, *Della natura giuridica delle contravvenzioni in genere e in rapporto all'azione civile di danno*, " Rivista penale ", LIX, p. 144. Pur ritenendo che il danno non sia giuridicamente rilevante nelle contravvenzioni, ammettono l'esistenza di contravvenzioni di danno anche il LUCCHINI, il BRUSA, il TUOZZI (negli scritti citati da ultimo sotto i loro nomi alla nota 126). Esempi di contravvenzioni recanti danno a interessi individuali o sociali si hanno negli articoli 435, 444, 445, 446, 452, 454, 457, 458, 459, 468, 471, 475, 480, 488, 489, 490, 491, 492, 493 cod. pen. In Germania il GUDERIAU, *Kriminelles und Polizeiliches Unrecht*, nella " Zeitschrift f. die ges. Strafrechtsw. ", Bd. XXI (1901), p. 828, riconosce anch'egli l'esistenza di contravvenzioni che costituiscono la *lesione effettiva* di beni giuridici accanto ad altre che costituiscono la minaccia, il *pericolo*, sia *astratto*, sia pure *concreto* di un bene giuridico. Così anche MAYER, *Droit administratif allemand*, Paris, 1904, II, § 22, p. 100, nota 11.

diritto di obbedienza dello Stato secondo alcuni (BINDING) sempre in essi contenuta): contravvenzioni, invece, quei reati che non ledono o minacciano alcun bene giuridico o diritto subiettivo, ma soltanto costituiscono una pura *disobbedienza a una norma* e quindi una pura violazione del diritto subiettivo dello Stato all'obbedienza della norma stessa; ai primi sarebbe pertanto necessario un danno o un pericolo concreto da constatarsi nel singolo caso; alle seconde non sarebbe necessario nè l'uno nè l'altro, ma basterebbe un pericolo meramente astratto, che non importa si verifichi o no, e la cui verificazione non ha bisogno di esser dimostrata nel singolo caso: per conseguenza i primi avrebbero un *contenuto materiale* o *sostanziale*, non così le seconde, che rivestirebbero un'importanza puramente *formale* (128). Ma, oltre le osservazioni fatte in precedenza sull'inesistenza in tutte le contravvenzioni di una mera possibilità di pericolo, è da osservare ancora che, ogni norma proteggendo necessariamente un interesse, non si può disobbedire a una norma giuridica senza ledere o minacciare l'interesse che essa protegge; che

(128) Cfr. BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Bd. I (1ª ed. 1872), 2ª ed., Leipzig, 1890, § 54 specialm., p. 410 e segg. (v. anche § 48, p. 314 e segg.); HÄLSCHNER, *System des preussischen Strafrechts*, I, Bonn, 1855, p. 1 e segg.; *Gerichtssaal*, 1869, pp. 96-101; 1876, p. 427 e segg.; *Deutsches Strafrecht*, Bonn, 1881, Bd. I, p. 34 e segg. (alquanto diversamente, II, 2, Bonn, 1887, p. 599 e segg.); MERKEL, *Theorie über das Wesen des Polizeiunrechts* nelle " Kriminalistische Abhandlungen ,, Leipzig, 1867, I, p. 95 (v. anche II, pp. 85 e 86); *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889, pp. 41-46 (dove però concepisce il reato di polizia come un reato di *pericolo generale*, cioè astratto), WEINGART, *Ueber Anwendung der allgemeinen Grundsätze von dolus u. culpa auf Uebertretungen*, Dresden, 1879, p. 5; RUPP, *Modernes Recht und Verschuldung*, Tübingen, 1880, p. 65 e segg., 78 e segg.; JELLINEK, *Socialetische Bedeutung von Recht, Unrecht u. Strafe*, Wien, 1878, p. 122; ROTERING, *Polizeiuebertretungen*, Berlin, 1888, p. 18; ROSIN in v. STENGEL's *Worterbuch des Verwaltung-rechts*, voce: Polizeistrafrecht u. Polizeiverordnung, Bd. II, p. 274; LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (in tutte le edizioni fino alla) 10ª ed., Berlin, 1900, § 32 *sub* 3, pag. 19 (non così nelle successive fino alla 17ª, 1908); STOOSS, *Grundzüge d. schweizerischen Strafrechts*, Basel u. Genf, 1892-93, Bd. I, p. 170; OLSHAUSEN, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6ª Aufl., Berlin, 1900, § 1, n° 1; FRANK, *Studien zum Polizeistrafrecht*, Tübingen, 1897; e nella " Zeitschrift f. die ges. Strafr. ,, Bd. XVIII (1898), p. 733 (con molti sviluppi e raffronti col diritto pubblico); FINGER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Bd. I, Berlin, 1904, § 20, pp. 107-108.

un diritto dello Stato all'obbedienza per l'obbedienza è perciò un assurdo; che anche la contravvenzione, come disobbedienza a una norma, ha quindi un *contenuto sostanziale*, e non già una importanza puramente *formale*.

g) Si è detto che delitti sono quei reati che offendono le condizioni primarie, fondamentali, essenziali, e quindi permanenti, dell'esistenza e convivenza civile; contravvenzioni quelle che offendono le condizioni secondarie, complementari, accessorie e quindi accidentali e contingenti della convivenza medesima (129). Se non che questa distinzione (che riproduce sotto forma moderna l'antica distinzione fra diritto naturale e positivo) non ci fa sapere quali siano le condizioni fondamentali e permanenti e quali le complementari e contingenti della convivenza civile e perde con ciò ogni valore pratico. Essa è d'altronde inesatta perchè dimentica che il diritto (e non soltanto il diritto penale e tanto meno quello relativo ai delitti) è tutto e sempre assicurazione delle condizioni *fondamentali* e *indispensabili* della vita in comune (necessità sociale, *giustizia*) non mai di quelle che per essere non necessarie, non indispensabili, ma semplicemente utili ed opportune, non sono in realtà " condizioni „ (utilità sociale, *politica*): che le condizioni di vita sociale sono tutte necessarie e indispensabili, e quindi ugualmente importanti, nè si può distinguere fra condizioni primarie, fondamentali o essenziali e condizioni secondarie, complementari o accessorie: che esse sono tutte variabili da tempo a tempo, da luogo a luogo e quindi ugualmente relative, nè si può distinguere fra condizioni assolute o permanenti e condizioni relative o transeunti; che ogni reato (delitto o contravvenzione), anzi ogni fatto illecito, per ciò solo che viola il diritto, è contrario alle condizioni fondamentali e indispensabili della vita in comune.

h) Lo stesso è a ripetersi per quelli che dicono essere i delitti offese di beni essenziali, le contravvenzioni, di beni non

---

(129) Impallomeni, *Contributo alla nozione delle contravvenzioni*, " Cass. Un. „ a. XVII, vol. XVI, col. 737; *Istituzioni di diritto penale*, Torino, 1908, p. 84 e segg.; vedasi anche: Florian, *I vagabondi*, vol. II, Torino, 1899, parte VI, capo I, § 2; *Dei reati e delle pene in generale*, Milano, 1901, pp. 93-94; Zerboglio, *La teoria e la pratica delle contravvenzioni*, Milano, 1899, § 7, p. 20.

essenziali (130), ovvero i delitti, di diritti soggettivi primari, le contravvenzioni, di diritti soggettivi secondari (131).

i) Si è detto che il delitto lede o minaccia i beni in sè, mentre la contravvenzione offende le *condizioni di ambiente* (di integrità, di tranquillità, di favorevole sviluppo) dei beni medesimi, le quali costituiscono la *polizia del diritto* (132). Ma il concetto delle *condizioni di ambiente* non ha il vanto di una grande precisione: se queste condizioni " tanto *interessano* da doversene considerare il rispetto come un dovere sociale garantito da sanzioni ad opera dello Stato „ (133) ciò vuol dire evidentemente che esse stesse son *beni* (bene = oggetto di interesse), e, se son beni, come si fa più a distinguere l'offesa di beni che costituisce delitto dall'offesa di beni che costituisce contravvenzione? (Se si ricorre al criterio dell'importanza del bene, si ricade nelle teorie precedenti). *Polizia del diritto* poi non ha altro senso possibile che " polizia di sicurezza „ (frase modernamente comune ai cultori del diritto amministrativo): ma non tutte le contravvenzioni sono relative alla *polizia di sicurezza* e esistono invece contravvenzioni relative alla c. d. *polizia amministrativa* (sanitaria, dei costumi, rurale, industriale, commerciale, dell'emigrazione, ecc.), anzi, non tutte le contravvenzioni sono contravvenzioni di polizia (p. es., le contravvenzioni finanziarie (fiscali, doganali, postali, ecc.) non sono contravvenzioni di polizia) (134).

---

(130) Meyer, *Lehrbuch der deutschen Strafrechts*, nella 2ª ed., Erlangen, 1882, § 4; e prima: Stahl, *Die Philosophie des Rechts*, 5ª Aufl. Tübingen, 1878, Bd. II, 2, pp. 693-694.

(131) Così, coerentemente, lo stesso Impallomeni, *Ist. di diritto penale*, Torino, 1908, p. 85.

(132) Carnevale, *Ammissibilità dell'azione civ. nei giud. di contravv.*, " Legge „, XLIII, 819; *Ancora sull'ammissibilità*, ecc., " Riv. di dir. pen. e soc. crim. „, V, 113, 165; *Concetto e analisi della contravv.*, " Studi senesi „, XXI, 68, 282, e specialmente: *La lesione dei beni giuridici nelle contravvenzioni*, nella " Giustizia Penale „, XII (1906), pp. 3-4 dell'Estratto.

(133) Carnevale, *La lesione dei beni giur. nelle contravv.*, cit., p. 3.

(134) Su di esso lo stesso Carnevale, *Il reato contro l'erario*, " Legge „, XLVI (1906), p. 23 dell'Estratto, dove afferma che il reato fiscale in quanto lede i diritti dello Stato ai singoli tributi è da considerarsi come delitto: mentre se i diritti tributarî non sono offesi ma si violano soltanto quelle cautele che lo Stato impone per la più sicura e ordinata riscossione dei tributi, si ha contravven-

l) Secondo altri il delitto è violazione di norme giuridiche che non sono di polizia, la contravvenzione è violazione di una norma di polizia (norma giuridica (legge, regolamento)) o comando dell'autorità amministrativa (atto amministrativo) (135): ma è da ripetere che non tutte le contravvenzioni sono contravvenzioni di polizia, che, d'altronde, dire che la contravvenzione è violazione di una norma di polizia, non significa ancora dire quale è il contenuto sostanziale della contravvenzione.

m) Vi è poi chi dice essere i delitti offese di diritti o di interessi protetti giuridicamente; contravvenzioni le azioni contrarie alla polizia (contravvenzioni di polizia) o alla finanza (contravvenzioni di finanza (136). Ma polizia e finanza sono *attività* dello Stato che impli-

---

zione. — In altri termini si riproduce la distinzione fra *finanza e polizia finanziaria*; l'azione contraria alla prima sarebbe delitto, l'azione contraria alla seconda sarebbe contravvenzione (cfr., ad es., in tal senso Merkel, *Kriminalistische Abhandlungen*, Leipzig, 1867, I, pp. 94, 99).

Se non che, bene osserva il Mayer (Otto), *Le droit administratif allemand* (trad. franc.). Paris, 1904, vol. II, § 30, p. 251, che "la polizia, per essere correttamente definita, non può essere caratterizzata che per la sua stessa ragion d'essere che segna allora una opposizione al potere di finanza: qui non si tratta infatti del buon ordine della collettività e delle sue pubbliche esigenze. La polizia è sociale, il potere di finanza è fiscale: non si saprebbe confonderli ".

Il fatto che il potere di finanza, in quanto determina la condotta dei soggetti per assicurare e proteggere la sicura e ordinata riscossione dei tributi, si vale di ordini e di pene, non autorizza a confondere l'ordine di polizia e la pena di polizia con l'ordine di finanza e la pena di finanza.

(135) Romano, *Principî di diritto amministrativo*, 2ª ed., Milano, 1906, n. 200, p. 227.

Non mi sembra diverso il concetto dell'Orlando, *Principî di diritto amministrativo*, 2ª ed., Firenze, 1892, nº 406 e 407, pp. 235-236, quantunque egli parli della contravvenzione come disobbedienza all'ordine (in tutte le sue forme) della pubblica autorità nell'esecuzione della attività ammininistrativa c. d. giuridica: questa, infatti, si esplica per lui appunto e sopratutto mediante i poteri di polizia (op. cit., nº 410 e segg.).

(136) Tale ci sembra brevemente riassunto il concetto del Manzini, *Trattato di diritto penale*, Torino, 1908, vol. I, nº 210, pp. 361-363 e capitolo IV, § 3, capo 1 e 2, nⁱ 60-80 (v. specialm. nⁱ 65, 70, 76), il quale non manca di definire il concetto della polizia e della finanza (nⁱ 66 e 73). Non è però da tacere che il Manzini usufruisce anche del concetto delle condizioni d'ambiente, posto innanzi dal Carnevale (pp. 362 e 363) (per la valutazione del quale v. avanti testo n. 106, *sub i*, e nota 134).

cano *volontà* e quindi *scopi*, cioè *interessi* (di polizia e di finanza) (137), onde la distinzione fra delitti e contravvenzioni non può non essere portata sulla diversa natura degli interessi rispettivamente offesi dagli uni e dalle altre (interessi di polizia e di finanza nelle contravvenzioni, non così nei delitti). Ma, così posta la questione, è evidente che non tutte le contravvenzioni sono offese di interessi di polizia o di interessi finanziari dello Stato (tali non sono, p. e., le contravvenzioni all'obbligo dell'istruzione elementare, le contravvenzioni alla legge su la leva militare, sull'ufficio di giurato, ecc.) e esiston per contro delitti che offendono interessi di polizia (p. e., la contravvenzione alla vigilanza speciale dell'autorità di pubblica sicurezza, c. p. art. 234 n° 2) o interessi finanziari dello Stato (delitti fiscali, p. e., il contrabbando e in genere le frodi fiscali (in materia di dazio consumo, di privative fiscali, ecc.)) (138).

n) Vi è ancora chi afferma che delitto è una azione contraria al diritto *(rechtswidrig)* e quindi la lesione (danno) o la minaccia (pericolo) di un bene o interesse giuridico, contravvenzione è, invece, una azione non contraria al diritto e quindi non dannosa o pericolosa a un bene o interesse giuridicamente tutelato, ma, invece, una azione *contraria alla amministrazione (verwaltungswidrig)*, è, cioè, l'omessa cooperazione alla amministrazione dello Stato (139). Ma se la contravvenzione non è una azione

(137) Anche il Manzini, *Trattato*, vol. I, parla più di una volta di interessi di polizia e di finanza (v. ad es., p. 358, dove essi sono assunti a contenuto sostanziale delle contravvenzioni).

(138) Che esistano non solo *contravvenzioni*, ma anche *delitti di polizia e di finanza*, è cosa che non sfugge alla osservazione acuta dello stesso Manzini, *Trattato*. vol. I, n° 70, p. 96 (pei delitti di polizia, negli esempi dei quali non possiamo tuttavia convenire) n° 76, sub. II, III e IV, pp. 105-107 (pei delitti di finanza di cui si porgono esempi appropriati).

(139) Questo pensiero già accennato da Lorenz von Stein, *Die Verwaltungslehre*, 1866, Bd. IV, p. 36 e segg.; *Handbuch der Verwaltungslehre*, 3ª Aufl., Bd. I, p. 204 e segg., e da Otto Mayer, *Le droit administratif allemand* (trad. franc.), Paris, 1904. vol. II, § 22, pag. 99 e nota 10, fu di recente svolto ampiamente, sulla base di una larga esposizione storica e comparata (§§ 1-25, pp. 1-483) da James Goldschmidt, *Das Verwaltungsstrafrecht. Eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht*, Berlin, Heymann, 1902, §§ 26-33. pp. 529-585 e specialm. § 29, p. 577, e in scritti posteriori dove l'ac-

contraria al diritto, cioè, non è un fatto illecito (torto giuridico), come può essa dar luogo alla conseguenza giuridica di una pena? La sanzione penale implica sempre un precetto giuridico (comando o divieto): ma ogni azione contraria a un comando o divieto del diritto penale è una azione giuridicamente illecita: la contravvenzione, dunque, come azione contraria ai precetti del diritto penale, non può, almeno da questo punto di vista, non essere anche essa un fatto illecito, cioè, un torto giuridico. Chè se si vuol dire, invece, che le contravvenzioni non sono contrarie alle norme proprie degli altri rami del diritto, diversi dal diritto penale, è evidente che ciò può dirsi anche dei delitti; dei quali alcuni non violano punto norme diverse da quelle del diritto penale, e altri violano bensì anche norme di diritto privato o pubblico, non penale, ma non in quanto son delitti, in senso penale (reati), ma in quanto,

---

cennata tendenza viene esagerata: cfr. l'articolo nei "Festgabe der Berliner Jurist. Gesellschaft für Koch", 1903, p. 425 e segg., e nel Goltdammer Kohler's "Archiv für Strafrecht", XLIX, 71 (sul quale: Fleischmann, nella "Zeitschrift f. die ges. Strafrechtw.", Bd. XXIV, p. 774) e sopratutto: *Deliktsobligationen des Verwaltungrechts*, Berlin, 1905, specialm. p. 16 e segg.; e per le idee generali dell'autore sul concetto del reato e del diritto penale: *Materielles Justizrecht* (Rechtschutzanspruch und Strafrecht), Berlin, 1905. Questa tendenza, a cui si accosta del resto, ma con la dovuta moderazione, anche il Manzini, op. cit., loc. cit., viene da noi accolta quasi integralmente dal Raggi, *Lo svolgimento del diritto amministrativo penale*. Estratto dal "Filangieri", n° 5, 1907, pp. 3-15. L'opinione in questione ha già fatto molta strada in Germania: nello stesso ordine di idee, prima ancora di Goldschmidt, v. già Guderian, *Kriminelles und polizeiliches Unrecht*, Bd. XXI (1901), p. 828, e inoltre: Schultzenstein, "Verwaltungsarchiv, XI, p. 149; Dronke, nelle "Zeitschrift für die gesammte Strafrechtw.", Bd. XXVI (1906), p. 632, ma sopratutto: Umhauer, *Ein Beitrag zur Lehre vom Begriff und Wesen des Polizeidelikts*, Diss. Freiburg. 1904. È notevole che il Liszt nell'ultima (17ª) edizione del suo diffusissimo *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1908, si accosta anch'egli a questo modo di vedere: si confronti § 26, p. 115, nota 2; p. 117, sub. III; v. anche § 15, pag. 74 e nota 2 (non così, p. es., nella 12ª e 13ª ed., Berlin, 1903, § 32, p. 141, e nota 3 pur posteriore alla pubblicazione del libro di Goldschmidt). — Una breve confutazione delle idee generali di Goldschmidt sul diritto penale (quale si trovano specialmente nel suo *Materielles Justizrecht*) porge: Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, pp. 34 e segg., 131 e segg. (nelle cui argomentazioni non possiamo sempre convenire, giacchè egli, come è noto, concepisce il diritto penale come un complesso di norme puramente sanzionatorie delle norme proprie degli altri rami del diritto).

oltre a esser delitti penali, sono fatti illeciti di diritto privato o di diritto pubblico (p. e., delitti o quasi delitti civili) (cfr. *retro*, n. 12-14). D'altronde, se la contravvenzione è una azione contraria all'amministrazione, e se v'è un diritto dell'amministrazione (diritto amministrativo) vi è, invece, da ritenere che, agendo contrariamente alla amministrazione, si venga anche a violare le norme del diritto amministrativo. Se poi la contravvenzione è un'azione contraria all'amministrazione, essa non può non essere contraria all'*interesse* o agli *interessi* della amministrazione: l'amministrazione è, infatti, attività dello Stato e ogni attività suppone una volontà e quindi uno scopo, cioè un interesse: il diritto d'altronde e anche il diritto penale avendo sempre la funzione di tutelare beni e interessi, non è concepibile che si possa violare il diritto senza ledere o minacciare un bene o un interesse. Infine non è vero che le contravvenzioni siano sempre una " omessa cooperazione „ alla amministrazione dello Stato: tali sono soltanto quelle che consistono in inazioni o omissioni: ma vi sono contravvenzioni che consistono in vere e proprie *azioni* (positive) (p. e., porto d'armi senza licenza) e, per contrapposto si direbbe, in una " contro-operazione „ all' amministrazione dello Stato.

a) Altri ripone la differenza fra delitto e contravvenzione nella diversità dell'elemento soggettivo (psichico o morale), dicendo delitto, il reato doloso, contravvenzione, il reato colposo (140), ovvero delitto, il reato doloso o colposo, contravvenzione il reato a cui basta la semplice volontarietà dell'azione o omissione e in cui dolo e colpa sono presunti e possono quindi mancare (141).

---

(140) Così: Berenini, *La subiettività del reato*, negli " Scritti per il 50° anniversario di E. Pessina „. Napoli, 1899, vol. II, p. 151 e segg.

(141) Tale, se abbiamo bene inteso il pensiero dell'illustre autore, è l'opinione dello Stoppato, *Dell'elemento soggettivo nelle contravvenzioni* " Temi Veneta „. 1885, X. 515 e segg.; v. anche: *L'azione civile nascente da contravvenzione*, " Temi „, XXVIII (1902), 272; *Ancora su l'azione civile*, ecc., ibid., 847; *Lezioni di diritto penale* (litografie), — Lo Stoppato non esclude, tuttavia, a dir vero, l'altro criterio del difetto di danno (lesione) o pericolo effettivo (cfr. sopra testo n. 106 sub *e* e nota 126), ma non lo ritiene sufficiente. Egli finisce anzi, col dar prevalenza all'elemento soggettivo come criterio differenziale fra le due classi di reato, giacchè ammette possa aversi un fatto per sua natura *non innocuo* (cioè dannoso o effettivamente pericoloso), ma che ciò non ostante non sia delitto per l'elemento psichico che l'accompagna. Non diversamente: Mosca,

Ma è da osservare, dal punto di vista del diritto positivo, che da un lato esistono delitti colposi e dall'altro contravvenzioni dolose (cfr. più oltre, n° 111) (143); che il dolo, e tanto più la colpa, non sono estranei alle contravvenzioni, ma tutte le contravvenzioni, invece, o sono dolose o sono colpose (143); che la differenza fra delitti e contravvenzioni, da tal punto di vista, è soltanto in ciò, che nei delitti dolo e colpa debbono essere provati dalla parte che accusa e risultar quindi direttamente e positivamente dimostrati in giudizio, mentre nelle contravvenzioni essi si presumono sino a prova contraria, fornita dallo stesso imputato (art. 45 capov. c. p.); che la presunzione (specie *iuris tantum*) di colpa suppone la *probabilità*, e quindi la *normale esistenza*, non già la normale inesistenza, della colpa (dolo e colpa *stricte dicta*); che essa, essendo *relativa* (*iuris tantum*), non importa l'impossibilità di provare nel singolo caso l'inesistenza della colpa (in largo senso), ma solo l'inversione nell'onere della prova della colpa; che la differenza fra delitto e contravvenzione si riduce dunque, da tal punto di vista, a una differenza puramente *processuale* (di diritto probatorio); che non è d'altronde possibile che una stessa azione o omissione (estrinsecazione di volontà e risultato) sia indifferentemente delitto o contravvenzione, a seconda dello stato d'animo di chi la commette; che la diversità dell'elemento subiettivo non può che rispecchiare una diversità nell'elemento oggettivo, le nozioni del dolo e della colpa nei singoli reati, mutando, col mutare del risultato, dannoso o pericoloso, della manifestazione di volontà.

p) Altri ritiene che fra delitto e contravvenzione non esista alcuna differenza *qualitativa*, ma soltanto *quantitativa*, desunta: o dalla rispettivamente maggiore o minore immoralità del fatto e della persona (144), ovvero dal rispettivamente maggiore o mi-

---

Nuovi studi e nuove dottrine su la colpa nel diritto civile, penale e amministrativo, nel “Foro penale„, vol. IV, p. 365 (Estratto, Roma, 1896, p. 81 e segg.).

(142) Ammettono l'esistenza di contravvenzioni *dolose* anche: Ferri; *Sociologia Criminale*, 4ª ed., Torino, 1900, p. 677, nota 1; *La così detta volontarietà delle contravvenzioni*, nel volume: *Difese penali e studi di giurisprudenza*, Torino, 1900, p. 402 e segg.; Carretto, *Criteri distintivi dei delitti e delle contravvenzioni nelle leggi speciali*, nel “Foro Italiano„ II, 178.

(143) Cfr. gli scrittori citati alla nota precedente e inoltre: Filomusi-Guelfi, *Enciclop. Giuridica*, Napoli, 1904, p. 595.

(144) Così: von Bar, *Grundlagen des Strafrechts*, Leipzig, 1869, p. 20 e segg.;

nore danno o pericolo del reato (145), oppure insieme dal maggiore o minor danno o pericolo del fatto e dalla maggiore o minore pericolosità della persona (146). Ma la distinzione *quantitativa* è negazione di ogni distinzione: essa riproduce sotto altra forma la legislativamente respinta tripartizione dei reati in base non alla diversa loro natura, ma alla diversità della pena per essi comminata; giacchè la valutazione, essenzialmente relativa, della maggiore e minore immoralità, perniciosità, pericolosità del fatto o dell'autore di esso non può non essere desunta dal sovrano apprezzamento del legislatore (art. 1 c. p.), e solo subordinatamente alla legge può il giudice essere ammesso a tale valutazione nel singolo caso e di fronte al singolo individuo. Comunque, la distinzione in parola dimentica che vi sono delitti meno immorali e meno dannosi o pericolosi di certe contravvenzioni, e delinquenti meno immorali e pericolosi e temibili di certi contravventori (si pensi, per es., al porto d'armi insidiose, all'oziosità, al vagabondaggio, all'improba mendicità, ecc., in confronto delle ingiurie e minaccie lievi, dello spigolamento in fondo altrui e dei furti campestri e di cibarie, dell'esercizio arbitrario di proprie ragioni, e alle qualità, attitudini e tendenze di cui rispettivamente questi reati fan prova).

q) Finalmente vi è chi nega che esista fra delitto e contrav-

---

Handbuch des deutschen Strafrechts, Bd. I (Gesch. d. deutsch. Strafr. und d. Strafrechtstheor.), Berlin, 1882, § 110, p. 347 e segg.; e tra noi: Ferri, *Intorno al nuovo codice penale*, nella " Nuova Antologia ", 16 agosto 1889, pp. 25-26; *La così detta volontarietà nelle contrarv.*, nella " Scuola Positiva " (1891), p. 5, e nel vol. cit., p. 402 e segg.; *Sociologia Criminale*, Torino, 1900, p. 667, nota 1 (in parte diversamente). In questo senso anche il Garofalo, *Criminologia*. 2ª ed., Torino, 1891, p. 41.

(145) Così, sostanzialmente, Meyer (H), *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 5ª ediz., Leipzig, 1895, § 4, p. 30, sub. *c*; Gretener, nella " Zeitschrift fur Schweizerische Strafrecht ", 1893, p. 228.

(146) Così: Longhi, *Teoria generale delle contravvenzioni* (Estratto dalla " Enc. Giur. Ital. "), Milano, 1898, n° 14, p. 82 (vedi però pag. 87, dove la distinzione viene modificata per far luogo a una definizione di miglior valore e che si avvicina al concetto indicato nel testo *sub m*); v. anche: *Criteri differenziali fra delitti e contravvenzioni, nelle leggi speciali* nella " Giurisprudenza Italiana ", 1899. II, 289, (dove si riproduce la definizione data a p. 78 del volume precedentemente citato); e Viazzi, *Delle contravvenzioni*, nel " Trattato di dir. pen. " dir. da Zerboglio, vol. VII, p. 17, che segue il Longhi.

venzione una diversità desunta dall'intima natura di essi, una qualsiasi differenza *sostanziale* sia *qualitativa* che *quantitativa* (147), e ravvisa al più fra essi una differenza puramente formale (p. e. a seconda che importino una pena maggiore o minore, ovvero una giurisdizione e una competenza determinata, invece di un'altra, ecc.) (148). Tale dottrina non è che un ritorno alla antica tripartizione dei reati (crimini, delitti, contravvenzioni) fondata sopra la corrispondente tripartizione delle pene o della competenza (criminali, correzionali, di polizia); essa, dal punto di vista del diritto positivo vigente che la bipartizione dei reati in delitti e contravvenzioni adottò e applicò in ognuna delle sue norme (cfr. ad es.: cod. pen.: art. 5, 11, 36, 45, 60, 61, 83 n. 1, 91, 93, 101, ecc.) non offre in realtà all'interprete, giurista o magistrato, alcuna teoria; essa dimentica, ad ogni modo, che nel diritto vigente non sempre e necessariamente i delitti importano pene più gravi delle contravvenzioni (il massimo della pena dell'arresto è, infatti, molto al di sopra del minimo della detenzione e della reclusione, il massimo dell'ammenda, molto al di sopra del minimo della multa, ecc.).

---

(147) Non è scarsa la falange degli scrittori che cadono sotto questa tendenza. Si cfr. Stübel: *Ueber gefährliche Handlungen als für sich bestehende Verbrechen* nel "Neues Archiv f. Criminalr.", Bd. VIII, pp. 236-323; Hefter, *Lehrbuch d. Strafrechts*, Braunschweig, 1857, § 31; Bekker, *Theorie d. Strafrechts*, Leipzig, 1859, Bd. I, pp. 115-134; Walther, Recensione a Bekker, nella "Kritische Vierteljahreschrift", Bd. II, p. 338; Geib, *Lehrbuch d. deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1862, Bd. II, p. 182; Wahlberg, *Das Prinzip der Individualisierung in der Strafrechtspflege*, Wien, 1869, p. 123 e segg.; Schaper, nell' "Holtzendorff's Handbuch d. deutsch. Strafr.", Berlin, 1871 e segg., Bd. II, p. 94; Lilienthal, nell' "Holtzendorff's Rechtslexicon v. Polizeistrafverfahren"; Neuner, *Wesen u. Arten d. Privatrechtsverhältnisse*, Kiel, 1866, p. 206; Janka, *Osterreichische Strafrecht*, 4ª ed., Wien, 1907, § 28, p. 46; G. Meyer, *Lehrbuch d. deutsch. Verwaltungsrechts*, Bd. I (2ª ed., 1893), p. 61. Tra noi: Filomusi-Guelfi, *Enciclopedia giuridica*, Napoli, 1904, p. 595, nota 1: Falcone, in "Foro Penale", vol. I, parte I, p. 145; Presutti, *Polizia di sicurezza e polizia amministrativa*, nell' "Archivio giuridico", 1900, vol. LXV, pp. 83-144; 243-268.

È da avvertire però che il Presutti da certo punto di vista sembra meglio avvicinarsi agli autori indicati *retro* (testo *sub I*) salvo il concetto più largo che egli ha della *polizia* (che per lui si estende a tutta l'amministrazione dello Stato, non solo interna, ma anche finanziaria, militare, degli esteri).

(148) Così: Henke, *Lehrbuch des Criminalrechts u. der Criminalpolitik*, Berlin, 1823, Bd. I, p. 391, che adotta l'uno e l'altro criterio indicato nel testo.

107. Per stabilire il concetto delle *contravvenzioni* occorre, secondo a noi pare, partire dal concetto di *amministrazione* (amministrazione statuale, amministrazione pubblica, sia compiuta direttamente dallo Stato, sia per mezzo di enti pubblici minori). Che cosa si intende per amministrazione o funzione amministrativa, e come essa si distingue dalle altre funzioni statuali (legislazione, giurisdizione)? Senza voler entrare nelle particolarità di questo concetto, la determinazione del quale forma come la premessa fondamentale non solo del diritto amministrativo, ma anche del diritto costituzionale e del diritto processuale, civile e penale; lasciando sopra tutto da parte la più precisa determinazione dei limiti tra la funzione *amministrativa* e le funzioni *legislativa* e *giurisdizionale* (149), sembra a noi che " *amministrazione* „ in contrapposto a " legislazione „, da un lato, e a " giurisdizione „, dall'altro, possa dirsi " *l'attività che lo Stato, valendosi del suo potere di sovranamente volere, spiega di volta in volta, nel campo a lui lasciato libero dal diritto obiettivo (precedentemente o contemporaneamente stabilito) per la soddisfazione di quei bisogni, a lui proprii, che non hanno per oggetto nè la formazione e espressa dichiarazione del diritto, nè l'accertamento e la realizzazione forzata di esso nei singoli casi* „. Il concetto di amministrazione presuppone, dunque, sempre il concetto di *bisogni* e quindi di *beni*, di *utilità*, di *interessi*, di *scopi, proprii dello Stato* (statuali, pubblici), che lo Stato stesso,

---

(149) Sul concetto di " *amministrazione* „ e sui limiti che separano l'amministrazione dalla *legislazione* e dalla *giurisdizione*, si veda: ULBRICH, *Der Rechtsbegriff der Verwaltung* nella " Grunhut's Zeitschrift „. Bd. IX, p. 1 e segg.; *Lehrbuch d. österreichischen Verwaltungsrecht*, Wien. 1903-1904, p. 6 e segg., 29 e segg.; G. MEYER, *Lehrbuch d. deutsch. Verwaltungsr.*, cit., 2ª ed., p. 1 e segg.; *Lehrbuch d. deutschen Staatsr.*, 5ª Aufl., 1899, p. 576 e segg.; MAYER (Otto), *Le droit adm. allemand*, cit., Paris, 1901, vol. I, p. 1 e segg.; LABAND, *Das Staatsrecht d. deutschen Reichs*, ed. francese. vol. II, Paris, 1901. p. 505 e segg.; JELLINEK, *Das Recht des modernen Staates*, Bd. I (Allgemeine Staatslehre), Berlin, 1901, p. 556 e segg. Fra i nostri v.: ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo* nel suo *Trattato*, vol. I, Milano, 1897, p. 51 e segg.: ROMANO, *Principi di dir. amm.*, 2ª ed., Milano. 1906, n. 1, pp. 1-4; SCIALOJA, *Sulla funzione della IV Sezione del Consiglio di Stato*, nella " Giustizia Amministrativa „, XII (1901), p. 71: CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, Bologna, 1903, p. 34, nota; ROCCO (Alfr.), *La sentenza civile*, Torino, 1906, nº 5, p. 14 e segg. Fra i francesi: HAURIOU, *Précis de droit administratif*, Paris, 1903 (5ª ed.), p. 181 e segg.

mediante la sua *attività*, (estrinsecazione di *volontà*) *amministrativa* tende a raggiungere. Questi scopi che, come si è detto, non sono mai relativi, nè alla formazione e alla dichiarazione espressa del diritto (*legislazione*) nè all'autoritario accertamento o alla realizzazione forzata del diritto stesso da parte dello Stato nei singoli casi in cui per *incertezza* o *inosservanza* delle norme giuridiche si presenti la necessità dell'una o dell'altra o di ambedue insieme (*giurisdizione*), possono essere, oltre che *negativamente*, anche *positivamente*, sebbene in modo generico, determinati. Se si esaminano, infatti, i vari sensi in cui l'attività amministrativa si esplica, si vede che essa o appare diretta alla *tutela del diritto*, ovvero alla *cura dei bisogni* (fisici, economici, spirituali) *della società*. La prima specie di attività amministrativa si suol chiamare *attività giuridica*, la seconda *attività sociale* (150). Con ciò non si deve intendere che soltanto la prima specie di attività, e non già la seconda, sia regolata da norme giuridiche, tutta l'attività amministrativa dello Stato (come l'attività dei privati e la stessa attività giurisdizionale dello Stato) essendo, invece, sottoposta alla disciplina del diritto, e cioè di quel diritto che in ragione appunto della materia su cui cade (amministrazione) si chiama *diritto amministrativo*. In questo senso anche l'attività sociale è, come ben si comprende, attività giuridica, e non esiste una attività amministrativa che non sia giuridica. Con ciò non si deve intendere neppure che soltanto la seconda specie di attività, e non già anche la prima, abbia *fini* o *scopi sociali*, tutta l'attività amministrativa dello Stato essendo invece diretta al raggiungimento di scopi pubblici, e quindi sociali. In questo senso anche l'attività giuridica è una attività sociale, e non esiste una attività amministrativa che non sia sociale.

---

(150) Così: ORLANDO, *Principî di dir. amm.*, Firenze, 1892, n' 18-24, pp. 20-24, n' 298 e segg., 460 e segg., pp. 229 e segg., 266 e segg. L'espressione è dominante. Il ROMANO, *Principi di dir. amm.*, Milano, 1906, p. 3, nota 1, preferisce dare all'attività *giuridica* il nome di *autoritaria*; ma anche questa espressione non è scevra da equivoci, giacchè in ragione della antitesi può far credere che lo Stato nell'esercizio della sua attività sociale non figuri come *autorità*, cioè come *sovrano*, ma invece come soggetto di diritti privati: ciò che — lo riconosce lo stesso ROMANO — non sarebbe esatto (nel senso qui combattuto v. però: ORLANDO, *Trattato di dir. amm.*, V, 1, " Presupposti ", Milano, Società Editrice Libraria, 1900).

La distinzione fra attività amministrativa *giuridica* e attività amministrativa *sociale* va intesa, invece, in questo senso: che, nella prima, lo Stato provvede alla *conservazione*, all'*assicurazione di beni, individuali e collettivi, già esistenti e protetti dal diritto*, e quindi, per conseguenza, *all'osservanza delle norme giuridiche che questi beni proteggono* (ed è ciò che distingue l'attività amministrativa giuridica dalla legislazione, anch'essa attività, ma che provvede alla formazione stessa delle norme giuridiche): onde questa attività si chiama anche da alcuni *attività di conservazione*: e nella seconda, invece, lo Stato provvede, non già a conservare ed assicurare beni esistenti e giuridicamente protetti, ma, invece, *a produrre*, esso, *beni atti a soddisfare i bisogni (fisici, economici, morali) individuali e collettivi, e quindi a promuovere la prosperità, il benessere pubblico (cura promovendae salutis publicae, ius promovendi salutem publicam)*, a migliorare e perfezionare l'esistenza civile della società: onde questa attività si chiama anche da alcuni *attività di perfezionamento* (151). Nella attività giuridica lo Stato tende quindi

---

(151) Meglio che fra attività *giuridica* e *sociale*, distingue fra *attività di conservazione* e di *perfezionamento*, ad es., il Ranelletti, *Lezioni di diritto amministrativo*, Macerata, 1904, p. 7 e segg., 17 e segg. Secondo a noi pare, nella attività *giuridica* o di *conservazione* dello Stato, rientra tutta la c. d. *amministrazione interna*, ma non in quanto è *organizzazione amministrativa*, (anche finanziaria e militare) (formazione degli organi amministrativi dello Stato), bensì in quanto è „*attività*„ o „*funzione amministrativa*„ in senso proprio (*amministrazione stricto sensu*).

L'amministrazione militare e *l'amministrazione finanziaria* essendo attività di carattere *strumentale*, cioè diretta a fornire allo Stato i mezzi *personali o economici*, per esplicare le altre sue attività (di conservazione e di perfezionamento) non hanno, appunto per ciò, un carattere autonomo e indipendente di fronte alla attività amministrativa *giuridica* e alla attività *amministrativa sociale*; onde non è possibile farne un terzo membro nella partizione dell'attività amministrativa dello Stato. Logicamente dovrebbero rientrare nell'attività giuridica o sociale, a seconda che servono all'esplicazione dell'una o dell'altra: ma poiche ciò non può determinarsi in quanto che lo Stato non si fornisce di forze fisiche e patrimoniali di volta in volta, ad occasione dell'esplicamento di una data attività, ma si fornisce una volta per tutte di esse e poi agisce in un senso o nell'altro, così preferiamo di riannodarle anch'esse alla attività di conservazione (in senso generico) dello Stato, per ragioni la cui evidenza non occorre mettere in luce. Quanto alla *polizia*, esplicandosi essa tanto nel campo dell'attività giuridica o di conservazione che in quello dell'attività sociale o di perfezionamento, rientra, secondo i casi, nell'una (*polizia di sicurezza*) o nell'altra (*polizia amministrativa* in senso stretto).

a *evitare mali*, ad *impedire danni o pericoli di danni*, a *prevenire lesioni o minaccie* di beni e interessi, individuali e collettivi, già esistenti e protetti dal diritto; onde questa attività opera in senso negativo, rimuovendo ostacoli che si frappongono alla soddisfazione di bisogni individuali o collettivi, è cioè una *attività di prevenzione*, in largo senso (ed è ciò che distingue l'attività amministrativa c. d. giuridica dalla *giurisdizione*, anch'essa attività diretta alla attuazione delle norme giuridiche, ma non di prevenzione). Così manifestamente nel campo — che assorbe molta parte dell'attività amministrativa giuridica — della *polizia di sicurezza*. Nella attività sociale, invece, lo Stato tende, non già ad evitar mali, ma *a procurar beni*, a procacciare utilità e vantaggi, a creare, in una parola, i mezzi, non esistenti, di soddisfazione di bisogni esistenti dell'individuo e della società: onde questa attività opera positivamente, promuovendo, cioè, o favorendo e aiutando la soddisfazione dei bisogni individuali e collettivi (così in materia di assistenza pubblica, di istruzione pubblica e in ogni altra forma di ingerenza dello Stato nei rapporti sociali).

Così nella attività amministrativa giuridica che in quella sociale gli *scopi* o *interessi* pubblici e statuali, al cui raggiungimento l'attività stessa è diretta, si riferiscono sempre *ad altri bisogni, beni, utilità, interessi, scopi,* proprii dei cittadini, individualmente o collettivamente considerati (società) (per es. vita, sanità, libertà, proprietà privata individuale: ordine, sicurezza, incolumità pubblica, sanità pubblica, moralità o buon costume pubblico, e via dicendo). Gli scopi o interessi, che diremo *amministrativi*, dello Stato sono dunque scopi o interessi *mediati, indiretti, riflessi, secondari* rispetto ad altri scopi o interessi *immediati, diretti, principali, primari* proprii dell'individuo o della collettività (e, come tali, talvolta anche dello Stato stesso): sono *scopi o interessi-mezzi* di fronte ad altri *scopi o interessi-fini* individuali o collettivi (eventualmente anche pubblici o statuali) la cui soddisfazione lo Stato, mediante la sua attività amministrativa, assicura o rende possibile appunto perchè riconosce di avervi, esso stesso, *interesse*. Si tratta, dunque, a dir meglio, di un unico generale interesse che lo Stato ha alla difesa dei beni e alla cura dei bisogni individuali o collettivi (interesse di amministrare, di governare gli altrui e talvolta anche i proprii interessi) avente un contenuto *indeterminato*, che è dato, appunto, da questi ultimi interessi ed è *variabile* col variare di questi, ma

che in rapporto a ciascuno di essi, a un interesse, individuale o collettivo, *determinato,* è anch'esso, non solo *determinabile*, ma *determinato.*

108. Il concetto delle *contravvenzioni* si ricava appunto dal concetto di *amministrazione.* Invero le contravvenzioni sono *azioni o omissioni contrarie all'interesse di amministrazione* o *interesse amministrativo dello Stato* e, perchè ad esso contrarie (e generanti inoltre un *danno* e un *pericolo sociale mediato e indiretto*), vietate dal diritto penale sotto minaccia di una pena. I precetti del diritto penale contravvenzionale hanno, cioè, sempre per iscopo la tutela dell'interesse di amministrazione dello Stato, epperò alla trasgressione di questi precetti (comandi o divieti), cioè alla *contravvenzione* è sempre unita la *lesione*, la restrizione o il sacrificio dell'interesse amministrativo dello Stato. Così esiste tutta una numerosissima categoria di *contravvenzioni,* così dette *di polizia* (*contraventions de police, polizeiliches Unrecht, Polizeidelikt*) la cui caratteristica è appunto quella di essere azioni o omissioni contrarie all'interesse dello Stato in quel ramo di amministrazione o attività amministrativa che prende il nome di *attività* (amministrativa) *di polizia* (polizia *amministrativa* in senso largo in contrapposto a *polizia giudiziaria* (non a polizia di sicurezza)), le quali si ripartiscono appunto a seconda del modo con cui la polizia si ripartisce [polizia di sicurezza, polizia sanitaria, polizia dei costumi, polizia urbana e edilizia, polizia rurale, polizia industriale, polizia commerciale, polizia dell'emigrazione, ecc.; — polizia generale e polizia locale o comunale o municipale — ecc.; a cui corrispondono rispettivamente: le contravvenzioni alla polizia di sicurezza (152) (contemplate nella legge di pubblica sicurezza, nel codice penale sotto il nome di contravvenzioni concernenti l'ordine pubblico e la incolumità pubblica, e anche talvolta di contravvenzioni concernenti la pubblica tutela della proprietà; nell'editto della stampa e in

---

(152) Tali contravvenzioni possono nascere direttamente dal semplice rifiuto di obbedienza a provvedimenti legittimi emanati dall'autorità per ragioni di pubblica sicurezza (art. 434 cod. pen.). Cfr. Romano, *Princ. di dir. amm.*, Milano, 1906, n° 200, p. 227; Manzini, *Trattato di diritto penale,* vol. I, Torino, 1908, n° 71, p. 100.

molte altre leggi): le contravvenzioni alla polizia sanitaria (es. articolo 439 c. p. e le contravv. alle leggi su la igiene e la sanità pubblica); le contravvenzioni alla polizia dei costumi (contravvenzioni concernenti la pubblica moralità, del cod. pen.; contravvenzioni relative all'esercizio della prostituzione, ecc.); le contravvenzioni, non altrimenti dette, alla polizia urbana e edilizia e alla polizia rurale, alla polizia industriale, commerciale, dell'emigrazione, ecc. (contravvenzioni a regolamenti di polizia urbana e edilizia, a talune disposizioni della legge com. e prov. e ai regolamenti municipali relativi alla polizia rurale: contravvenzioni alla legge sul lavoro delle donne e dei fanciulli, alla legge sugli infortuni, ecc.; contravvenzioni alle leggi sulla caccia, sulla pesca, sulle miniere; contravvenzioni relative ai pesi e misure, alle monete, al commercio marittimo, ecc.; contravvenzioni alla legge sull'emigrazione, ecc.); le contravvenzioni di polizia generale e le contravvenzioni di polizia locale o municipale.] — Così pure vi è tutta una numerosa categoria di contravvenzioni che vanno sotto il nome di *contravvenzioni finanziarie* (contravvenzioni fiscali, doganali, postali, ferroviarie, ecc.), la cui caratteristica è appunto quella di essere azioni o omissioni contrarie all'*interesse* dello Stato in quel ramo dell'attività amministrativa o amministrazione che concerne i proventi dello Stato stesso e che prende il nome di *amministrazione finanziaria* (attività amministrativa finanziaria, in contrapposto alla organizzazione finanziaria). — Così ancora vi sono contravvenzioni, come le contravvenzioni alle leggi sulla leva militare, sull'istruzione obbligatoria, ed altre innumerevoli (153) che non rientrano nel concetto delle *contravvenzioni di polizia* nè in quello delle *contravvenzioni finanziarie*, delle quali è pur sempre caratteristica quella di essere azioni o omissioni contrarie all'interesse dello Stato in un qualsiasi altro ramo della attività amministrativa (amministrazione militare, amministrazione della pubblica istruzione, ecc.), che non sia l'attività amministrativa di polizia o l'amministrazione finanziaria.

---

(153) Si può consultare in proposito l'accurata rassegna che delle contravvenzioni contenute nelle leggi speciali ha fatto di recente il Muscari, *Delitti e contravvenzioni nelle leggi speciali* nella " Rivista Penale ", vol. LXVIII (1908), p. 133 e segg. (dal punto di vista della teoria giuridica delle contravvenzioni il lavoro non ha pretese di sorta).

109. Ma poichè tutta l'attività amministrativa dello Stato o è *attività giuridica* o è *attività sociale* (cfr. sopra testo, n. 107 e nota 151), così è evidente che le azioni o omissioni contrarie all'interesse o agli interessi amministrativi dello Stato e come tali vietate e punite, cioè le *contravvenzioni,* possono appunto distinguersi in due grandi classi: a seconda, cioè, che esse offendono l'interesse dello Stato in quella parte dell'amministrazione o attività amministrativa che ha il carattere di attività *giuridica*, o in quella parte che ha il carattere di attività *sociale.*

α) Le azioni o omissioni contravvenzionali che ledono l'interesse dello Stato nella attività amministrativa così detta giuridica — a *parte la lesione dell'interesse amministrativo dello Stato*, cioè il danno sociale e politico, diretto e immediato, proprio delle contravvenzioni, appunto perchè controoperano o omettono di cooperare a una attività, come quella c. d. *giuridica*, che è diretta ad evitar mali, a prevenire danni o pericoli di danni, individuali o collettivi, possono, come ben si comprende, portar seco, oltre quella lesione, o: *a) la possibilità di un pericolo,* per l'individuo, per la società o per lo Stato, e ciò avviene normalmente (154); ovvero: *b) un pericolo effettivo e reale*, *passato o presente,* cioè un danno possibile per l'individuo o la società o lo Stato; oppure: *c) un danno effettivo*, cioè la perdita o diminuzione di un bene, il sacrificio o la restrizione di un interesse, individuale o collettivo; onde l'esistenza, recentemente accertata, di contravvenzioni che recano un danno effettivo a privati individui (es.: disturbo della quiete privata) (155). Questi beni o interessi, individuali o collettivi, che possono essere anch'essi lesi o minacciati

---

(154) Qualche volta, ma eccezionalmente, l'azione punibile contraria all'interesse dello Stato nella sua attività amministrativa giuridica (particolarmente: alla polizia di sicurezza) non porta con sè nemmeno la possibilità di un pericolo nascente obiettivamente dall'azione, ma semplicemente rivela, cioè fa presumere e sospettare, uno stato di fatto dannoso o pericoloso agli interessi giuridicamente protetti: così nel possesso ingiustificato di oggetti e valori da parte di talune categorie di persone (cod. pen., art. 492 e 493). Cfr. Impallomeni, *Istituzioni di diritto penale*, Torino, 1908, pp. 79 e 84.

(155) Cfr. *retro* testo n. 106 e nota 127. Arg. anche dall'articolo 220 della legge comunale e provinciale (T. U., 21 maggio 1908, n° 269), dove si parla di contravvenzioni in cui vi è “*parte lesa*„. Si cfr. particolarmente: cod. pen., art. 446, 457, 458, 471, 475, 489, e Manzini, *Trattato*, I, n[i] 209 e 213.

dalle contravvenzioni, sono, come ben s'intende, in ogni caso *diversi* dall'interesse amministrativo dello Stato, la cui lesione è, nelle contravvenzioni stesse, immancabile; e sono *beni* o *interessi "giuridici"* perchè protetti dal diritto, eventualmente anche veri e propri diritti soggettivi privati (p. e. proprietà, possesso, ecc. nelle contravvenzioni concernenti la pubblica tutela della proprietà) o pubblici (p. es. diritti di imposta o di tassa in talune contravvenzioni finanziarie o di polizia, come nell'ingresso senza biglietto nel recinto di una stazione ferroviaria, che lede il diritto dello Stato alla riscossione di una tassa); mentre non è un diritto soggettivo l'interesse alla difesa dei beni e interessi medesimi, proseguito mediante l'attività amministrativa c. d. *giuridica* e offeso mediante la contravvenzione. La lesione o la minaccia di beni o interessi giuridici, individuali o collettivi, diversi dall'interesse dell'amministrazione, e eventualmente costituenti anche diritti soggettivi dello Stato o del privato, se può derivare, e deriva spesso, dalle contravvenzioni che si contrappongono all'attività amministrativa dello Stato così detta *giuridica*, non è però, neppure a queste contravvenzioni, *essenziale*, nè ne costituisce, essa, il concetto: essenziale, come si è detto, a queste, come a ogni contravvenzione, è solo la *lesione dell'interesse dell'amministrazione*, il danno all'amministrazione dello Stato o di un ente pubblico, il quale si ha, sempre che, mediante l'azione o omissione contravvenzionale, sia violato il precetto (comando o divieto) del diritto penale contravvenzionale. Si provi dunque pure nel giudizio contravvenzionale l'esistenza di un *pericolo* o anche di un *danno* per il privato, o per la società, o per lo Stato, diverso da quel danno che consiste nella lesione dell'interesse della amministrazione e che si verifica pel fatto solo della trasgressione della norma del diritto penale contravvenzionale. Ciò non è penalmente rilevante per la perfezione giuridica del reato contravvenzionale e per il conseguente nascere, o non nascere, della conseguenza giuridica penale. Lo sarà soltanto per le conseguenze giuridiche private (obbligo al risarcimento) che dal danno illecitamente e colpevolmente recato possono derivare: e, sia pure, per l'effetto giuridico processuale, che consiste nel diritto (diritto soggettivo processuale) del danneggiato di costituirsi parte civile nel processo penale. Ma non altro.

β) E che solo l'offesa all'interesse della amministrazione sia necessaria e sufficiente a costituire la figura giuridica della contrav-

venzione è evidente quando si porti la propria considerazione su tutto quel gruppo di contravvenzioni che abbiamo detto contrario all'interesse dello Stato nella sua attività amministrativa *sociale*. Le azioni o omissioni contravvenzionali che ledono l'interesse dello Stato nella sua attività amministrativa così detta sociale, a parte questa lesione, non producono, infatti, nè possono produrre mai alcun altro e diverso danno o pericolo, effettivo o possibile, per l'individuo, o per la società, o per lo Stato (156). Eppure esse non cessano di essere contravvenzioni. E non possono produrre alcun altro danno o pericolo, effettivo o possibile, per la perentoria ragione che esse controoperano o omettono di cooperare a una attività dello Stato, come quella che va sotto il nome di attività amministrativa sociale, che tende, non a evitare mali, cioè danni e pericoli, ma invece a procurare beni, utilità, vantaggi: onde, se si fa astrazione dall'offesa all'interesse che lo Stato soddisfa mediante l'attività amministrativa in questione, esse altro non possono recar seco per l'individuo o per la società, personificata o non personificata, che la *mancanza di una utilità*, il venir meno di un *bene*, cioè di un mezzo, legittimamente aspettato e sperato, di soddisfazione di un proprio bisogno, cioè: un "*lucrum cessans*", non un "*damnum emergens*".

110. Se, dunque, le contravvenzioni violano tutte e necessariamente gli interessi che lo Stato prosegue mediante la sua atti-

---

(156) Il Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, 2ª ed., Bd. I, Leipzig, 1890, p. 122 (più marcatamente nella 1ª ed. (1872), pp. 47 e 202 e nell' "Handbuch d. Strafrechts", Leipzig, 1885, I, p. 170) dice che il reato di semplice disobbedienza (cioè la contravvenzione) contiene "regelmässig eine Gefahr". Questo concetto, già da noi confutato, è contraddetto in parte dallo stesso Binding allorchè (*Die Normen und ihre Uebertretung*, Bd. I, 2ª ed., p. 397 e segg.) analizzando il reato di pura disobbedienza, finisce con l'affermare (p. 400, e anche p. 406 e segg.) che "die sog. Polizei — Verordnung (anche quindi relativa alla polizia amministrativa in senso stretto) nehme den Kampf auf *gegen die nutzlose Handlung die nicht ganz frei von Risiko ist*". Non resta che fare un passo più in là e affermare che vi sono contravvenzioni (e precisamente quelle contro l'attività amministrativa sociale) che non recano nè danno (*damnum emergens*) nè pericolo effettivo o possibile di danno, ma una semplice mancanza di utilità o di vantaggio, un *lucrum cessans* (cfr. più oltre il testo allo stesso n. 109 sub *b*).

vità amministrativa; se è indifferente alla loro perfezione giuridica, e quindi al nascere della conseguenza giuridica della pena, che a questa lesione si accompagni, non soltanto un altro danno, ma ancora semplicemente un altro pericolo, reale o eventuale, di danno, non a torto, almeno da questo punto di vista, si è recentemente dato, da alcuni, alle *contravvenzioni* il nome di " *reati amministrativi* " (*Verwaltungsdelikte*) e al *diritto penale contravvenzionale* il nome di " *diritto penale amministrativo* " (*Verwaltungsstrafrecht*) (157). Nè, così dicendo, si intende di affermare, come fanno il GOLDSCHMIDT, il LISZT, il RAGGI, che alle contravvenzioni manchi il contenuto sostanziale di ogni torto giuridico o di ogni reato, cioè la lesione (danno) o la minaccia (pericolo) di un bene o interesse giuridico (158) che, invece, abbiamo affermato esistere anche nelle contravvenzioni (lesione dell'interesse dello Stato nella sua attività amministrativa). Tanto meno si intende affermare che la contravvenzione non è di sua natura un reato (159), ma invece, come dice il GOLDSCHMIDT, una *obbligazione* ex delicto *del diritto amministrativo* (160); nè propugnare

---

(157) Cfr. MAYER (Otto), *Le droit administratif allemand*, vol. II, Paris, 1904, § 22, p. 99 e nota 10; GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, Berlin, 1902, pp. 43, 45, 87, 114, 195, 575 (per l'espressione diritto penale amministrativo); pp. 367, 558, 576, 577, 585 (per l'espressione reati amministrativi); RAGGI, *Lo svolgimento del diritto amministrativo penale*. Estratto dal " Filangieri " (1907), Milano, 1907, pp. 5 e 13; meno accentuatamente: MANZINI, *Trattato di diritto penale*, Torino, 1908, vol. I, n° 62, p. 81 e *passim*.

(158) GOLDSCHMIDT, *Verwaltungstrafrecht*, Berlin, 1902, p. 577 e *passim*; RAGGI, *Lo svolg. del dir. amm. pen.*, Milano, 1907, p. 10; LISZT, *Lehrbuch des deutsch. Strafrechts* (17ª ed., Berlin, 1908), § 26, *sub* III, p. 117. Contro questo concetto implicitamente lo stesso MAYER, *Droit adm. all.*, II, p. 99, nota 10: " ... il sedicente reato formale ha anch'esso il suo fondamento materiale "; e bene anche, con esso, MANZINI, *Trattato*, I, n° 70, p. 96.

(159) LISZT, *Lehrbuch*, 17ª ed., Berlin, 1908, § 26, p. 113, nota 2: " ... ist das Polizeiunrecht seinem Wesen nach nicht Verbrechen "; v. anche p. 117, III.

(160) GOLDSCHMIDT, *Die Deliktsobligationen des Verwaltungsrechts*, Berlin, 1905, p. 16. Come mai una simile obbligazione *ex delicto* generi l'obbligo di una pena, invece che un obbligo al risarcimento, ciò non è però spiegato. Secondo il RAGGI, *Dir. amm. pen.*, 1907, p. 10, la contravvenzione " è assimilabile alla violazione di una obbligazione *contrattuale* di diritto privato "; si ha una obbligazione (contrattuale?) amministrativa: l'obbligato amministrativo è tenuto a compierla " ove non provi che l'inadempimento sia derivato da una causa estranea a lui non imputabile " (art. 1125 cod. civ.). Se così fosse la

il distacco delle contravvenzioni dai delitti, vagheggiando, come ideale della futura legislazione, l'esclusione delle contravvenzioni e delle pene contravvenzionali dall'àmbito del diritto penale vero e proprio (ridotto ai delitti e alle pene ad essi relative), per farli ricadere, tutte insieme, nel gran mare del diritto amministrativo (161). Fu detto a ragione che nel campo del diritto amministrativo non si sa capire l'esistenza di un altro diritto penale che non sia il diritto *disciplinare* e che " il diritto penale fa bancarotta se non riesce a comprendere tutto quanto a scopo repressivo importi una limitazione delle spettanze giuridiche del cittadino „ (162). E come l'annessione al diritto amministrativo del così detto *diritto civile amministrativo* (o diritto privato degli enti pubblici) non ha potuto togliere a questo il carattere di *diritto civile* (o privato) (163), così

---

pena contravvenzionale non sarebbe evidentemente che una *pena convenzionale* o *clausola penale* di un contratto (?) fra il cittadino e la pubblica Amministrazione: ciò che a noi pare un assurdo.

(161) Goldschmidt, *Deliktsobligationen*, p. 16 (nonchè negli altri scritti citati); Liszt, *Lehrbuch*, 17ª ed., 1908, § 15, p. 74, *sub* I e anche p. 117, *sub* III; Raggi, *Dir. amm. pen.* (1907), pp. 12-13. V. anche già Mayer, *Droit adm. all.*, vol. I, p. 25; Frank, *Studien zum Polizeistrafrecht*, Tübingen, 1897 e nella " Zeitschrift f. d. ges. Strafr. „, XVIII, 733, nonchè le *Verhandlungen der Intern. Krim. Vereinigung* in " Mitteilungen „, VII, 186, VIII, 289, XII, 200. È in fondo il pensiero manifestato, molto tempo fa, oltre che dal Poggi, dal Carmignani, dal Mori, dal Puccioni, anche e specialmente dal Carrara, *Programma*, vol. I, Parte generale, Lucca, 1871, *Prolegomeni*, pp. 18, 19, 22, 23, e dal Buccellati, *Istituzioni di diritto penale*, Milano, 1884, nº 1000, p. 523 e segg. e che si è creduto sin ora di aver superato.

(162) Così: Lucchini nella *Recensione* al *Trattato* del Manzini (vol. I) nella " Rivista penale „, vol. LVII (1908), p. 557. È però da notare che il Manzini, in ciò conforme al Laband, nell' " Archiv für öffentliches Recht „, II, 156, da lui citato, espressamente dichiara che " il diritto penale amministrativo, se è *distinto* dal diritto penale generale, non ne è però *separato*, non cessa di essere diritto penale vero e proprio, nella forma, nella sostanza e nello scopo ultimo, giacchè il diritto eterogeneo che in base a criterî politici si conglomera intorno a una branca della pubblica amministrazione, non perde per ciò solo la propria natura e non si distacca dai principî generali che gli sono propri „ (*Tratt. di dir. pen.*, I, nº 62, p. 82).

(163) Vedi, per una larga dimostrazione di questa tesi, la mia *Riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, Napoli, 1906, p. 159 e segg. Nello stesso senso: Ranelletti, nel " Foro Italiano „, 1898, p. 90 e segg. Vedasi in proposito anche: Vacchelli, *La responsabilità civile delle pubb. amm.*, Milano, 1892,

l'annessione al diritto amministrativo del *diritto penale contravvenzionale* sotto il nome di *diritto penale amministrativo*, non riescirebbe a togliere a quest'ultimo il carattere, che gli è connaturato, di un vero e proprio *diritto penale* (164). Il quale, se non si caratterizza appunto per la specialità, autonomia e indipendenza delle *sanzioni* (pene) che esso pone all'osservanza dei suoi *comandi* o *divieti*, o, che è lo stesso, delle conseguenze giuridiche che esso deriva dalle azioni o omissioni contrarie ai suoi precetti, specialità e autonomia le quali rendono speciali ed autonomi anche i precetti penalmente sanzionati e le violazioni di essi, — non ha certo altro modo di distinguersi dagli altri rami del diritto pubblico interno e neppure dai due rami del diritto privato (165). L'eccezionale esistenza, per le contravvenzioni, di *procedimenti penali amministrativi* (oblazione volontaria o componimento amichevole, conciliazione amministrativa nelle varie sue forme) (166), non può

---

p. 57 e segg.; Orlando, nell' " Archivio di diritto pubblico ", III (1893). p. 250 e segg. e *Le fonti del dir. amministrativo* nel suo *Trattato*, I, p. 1075 e segg.; Romano. *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*. Estratto dal " Filangeri ". Milano, 1899.

(164) Contro la tendenza di staccare il diritto contravvenzionale dal diritto penale per unirlo invece al diritto amministrativo, è anche: Beling, *Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, p. 131 e segg. (v. anche p. 34), ma per ragioni non convincenti e che si riconducono tutte al falso supposto che il diritto penale sia un diritto puramente sanzionatorio degli altri rami del diritto (contro di che vedi *retro* n[i] 16-21).

(165) Cfr. *retro* n° 20. Contro: Combothecra, *Critère distinctif du droit privé et du droit public* in " Revue générale du droit ", vol. XXIX (1905), p. 123; Raggi, *Dir. amm. penale*, Milano, 1907, p. 8 (e implicitamente anche nel suo scritto: *La distinzione del diritto pubblico dal diritto privato* nel " Filangieri ", 1900, XXV, p. 800 e segg.). Nel senso del testo vedasi invece: Merkel, *Juristiche Encyclopädie*, Berlin, 1904, §§ 752 e 289, 291 e segg.

(166) *Codice penale*, art. 101; *Legge com. e prov.* (testo unico 21 maggio 1908, n° 269, art. 220; Legge sanit. (22 dic. 1888), art. 60 modificato dalla legge 23 febbraio 1904, n° 57; Legge 19 luglio 1906, n° 379, art. 1 (conciliazione delle contravv. forestali); Legge sul bollo 4 luglio 1897, n° 414 (testo unico), articoli 49 e 50 (e Legge 13 settembre 1876, n° 3326 relativa al bollo nei contratti di borsa); Legge sul dazio consumo 15 aprile 1897 (testo unico), art. 58; Regolamento alla legge su la fabbricazione degli alcools 15 gennaio 1885, n° 2911, art. 98; Decreto 21 nov. 1880, n° 5744 su le lotterie, art. 22; Regolamento 25 settembre 1874, n° 2131 su le carte da giuoco, art. 19 e 20; Regolamento 25 settembre 1870, n° 5902 su la fabbricazione delle acque gazose,

togliere al diritto contravvenzionale il carattere di diritto penale, come non può aggiungere ad esso questo carattere la normale esistenza, per le contravvenzioni, di una *giurisdizione* e di un *processo giurisdizionale penale* (art. 2 legge 20 marzo 1865, all. E). Altro è, invero, il diritto penale, in senso materiale, o sostanziale (diritto penale (in stretto senso) — obiettivo e subiettivo), altro il *modo di farlo valere*, cioè il *processo* e il *diritto* che lo regola. Questo processo può consistere nello svolgimento della funzione giurisdizionale, e allora è il processo giurisdizionale penale (la " *procedura penale* ") e il diritto che lo regola è il *diritto processuale* (o giudiziario) *penale*. Può consistere nello svolgimento della funzione amministrativa, e allora è un processo amministrativo penale, e il diritto, che lo regola, è il *diritto amministrativo* nella sua parte formale o processuale (diritto processuale amministrativo). In entrambi i casi il diritto materiale resta quello che è, cioè un diritto *penale*, per ciò appunto che esso comanda o vieta sotto *minaccia di una pena*, per ciò appunto che alla violazione dei suoi comandi o divieti (reati) è ricollegata una *pena* come conseguenza giuridica. Nè si dica che i casi di oblazione volontaria (cod. pen., art. 101) e specialmente di conciliazione amministrativa (legge com. e prov., T. U. 21 maggio 1908, art. 220) non ci provano già che il diritto penale può essere esercitato in via e con forme diverse dalla procedura penale, ma invece che, nei casi contemplati, *non si tratta di diritto penale*, in quanto il supposto reato non dà luogo a una azione penale. " Il sindaco che concilia, si è detto, non è un giudice penale: il pagamento preventivo della somma non è esaurimento della azione penale. Quando la conseguenza del reato non è una azione penale, ma una oblazione, anzi una contrattazione fra l'amministrazione e l'imputato, allora non possiamo dire di trovarci in presenza di diritto penale, ma bensì solo dinanzi a un vero diritto subiettivo della Amministrazione, di fronte al quale sta un dovere, una obbligazione di pagamento, che può essere adempiuta spontaneamente, e solo in caso di inadempienza di tal

art. 20; Regolamento 19 novembre 1874, n° 2248 sulla fabbricazione della birra, art. 106; Regolamento 26 luglio 1874, n° 2014 sulla fabbricazione della cicoria, art. 30; Legge notarile 25 maggio 1879, n° 4900, art. 123; Legge sui pesi e misure 28 luglio 1861, n° 132, art. 27, ecc.

dovere, può essere ottenuto il raggiungimento di esso con l'esercizio di una azione penale. E che questa coazione in via di procedimento penale si svolga dinanzi al magistrato ordinario, e non dinanzi a funzionari amministrativi, è solo una questione di competenza, che non influisce sul merito e che può spiegarsi storicamente col fatto della deficienza, insufficienza e novità dei tribunali amministrativi „ (167). No. Si tratta qui sempre di azioni che hanno per conseguenza giuridica una pena vera e propria, e cioè una pena pecuniaria, e quindi di azioni punibili, di reati. Solo che in tali casi è ammessa *eccezionalmente* la *esecuzione volontaria* della pena, lo *spontaneo assoggettamento alla pena*, o, più precisamente, il *volontario adempimento della obbligazione giuridica penale* corrispondente al *diritto subiettivo di punire dello Stato* (168). S'intende: volontario assoggettamento alla *pena pecuniaria* stabilita dalla legge per la contravvenzione e quindi, non solo offerta di pagamento, ma effettivo pagamento della somma di danaro che rappresenta la pena medesima: pagamento che può essere del *massimo* (es.: art. 101 c. p.), ovvero del *minimo* (es.: *Reg. carte da giuoco*, 25 sett. 1874, art. 19 e 20) della pena pecuniaria stabilita dalla legge, ed anche aver per oggetto una somma di danaro che l'autorità amministrativa *discrezionalmente* determina, ma che non può in ogni caso mai essere inferiore al minimo o superiore al massimo della pena stabilita dalla legge (es.: art. 58 (T. U.) legge sul dazio consumo, 15 aprile 1897).

Certo, vi è un obbligo al pagamento di una somma di danaro da parte del contravventore, ma è un obbligo giuridico penale, è l'obbligo al pagamento della pena pecuniaria. Certo vi è un diritto subiettivo dello Stato che corrisponde a quest'obbligo giuridico, ma è il diritto di punire, il diritto alla pena pecuniaria o, se meglio si vuol dire, al pagamento della somma di danaro che la rappre-

---

(167) RAGGI, *Lo svolgim. del dir. amm. penale*, nel " Filangieri „, 1907, p. 14 dell'Estratto.

(168) In tal senso: " Rel. Zanardelli del 1887 „, vol. I, p. 240; " Rel. Comm. Cam. sul progetto Zanardelli „, 1887, CXIX; " Rel. Comm. Senato „ sullo stesso, 1887, lib. I, cap. IV, p. 6. Nello stesso senso v. già il mio *Trattato della cosa giudicata*, vol. II, fasc. 1°, Modena, 1901, n° 158, pp. 314-315; v. anche Rocco (Alfredo), *La sentenza civile*, Torino, 1906, p. 6, testo e nota 8; MANZINI, *Trattato*, I, ni 46, 78, 197, 212.

senta. Certo lo Stato figura qui come amministrazione (potere *amministrativo*, o *governativo*, o *esecutivo*); ma come tale figura ogni qualvolta è subietto del diritto di punire e esercita questo diritto (169). L'organo che lo rappresenta non è qui, è vero, il funzionario o ufficiale del Pubblico Ministero: è invece l'organo dell'amministrazione propriamente detta, l'autorità amministrativa (sindaco, nel caso speciale, talvolta, come nelle contravvenzioni alle leggi sul bollo e postali, il Ministero competente); ma ciò, ben s'intende, nulla rileva. Certo il sindaco non è un giudice penale, ma non è un giudice penale neanche il funzionario del pubblico Ministero. Verissimo: l'obbligazione di pagamento della somma di danaro che rappresenta la pena pecuniaria può essere spontaneamente adempiuta e solo se non è spontaneamente adempiuta (inadempienza dell'obbligo) può essere ottenuto, con l'esercizio dell'azione penale, il coattivo pagamento della somma da parte dell'obbligato (o, nel caso di insolvibilità, addirittura la somma mediante esecuzione forzata sul patrimonio di lui). Ma ciò altro non prova se non che qui vi è, non soltanto un reato, non soltanto una pena (pecuniaria) e un diritto di punire, ma vi è, anche, *sub conditione* (difetto di volontario adempimento della obbligazione penale), un diritto di azione penale e quindi un processo penale, veramente e propriamente giurisdizionale. Non nego: il pagamento *preventivo* di una somma non è *esaurimento* di una azione penale per la semplice ragione che, solo se non si paga, sorge il diritto di azione penale; e ciò che ancora non esiste non può certo esaurirsi. Ma, d'altronde, esistono casi (e son la maggior parte) in cui, anche dopo esercitata l'azione penale e iniziato il procedimento penale, il contravventore, che si è reso inadempiente, è ammesso a offrire il pagamento, — secondo il caso, del massimo o del minimo — della pena pecuniaria incorsa (es.: art. 101 cod. pen., art. 49 e 50 legge sul bollo, 4 luglio 1897; Regol. su le carte da giuoco, 27 settembre 1874, art 19 e 20, ecc.), e a interrompere così il procedimento penale. In tali casi, poichè l'azione penale è fatta cessare mediante il pagamento della somma, questo è evi-

(169) Gli organi chiamati all'esercizio del diritto di punire dello Stato non possono essere che gli *organi del potere esecutivo*. Tali sono anche gli ufficiali o funzionari del P. M. (cfr. legge ord. giud., art. 129).

dentemente causa di esaurimento, cioè di *estinzione*, dell'azione penale (170). — L'offerta di pagamento, poi, fatta dal contravventore, della somma di danaro che rappresenta la pena pecuniaria, anche messa in rapporto con l'accettazione di essa da parte della autorità amministrativa (p. es. il sindaco) non è certo un *contratto*, ma è l'*esecuzione di una obbligazione*; e non di una obbligazione nascente da un contratto, ma di una obbligazione nascente dalla legge: è un *modo di estinzione* di una obbligazione, non contrattuale, ma legale (*ex lege poenali*): l'obbligo al pagamento della pena pecuniaria. L'autorità amministrativa ha, è vero, talvolta, facoltà di determinare, e quindi anche di accettare o no, una somma tra il minimo e il massimo stabilito dalla legge (es.: art. 58 legge sul dazio consumo; 98, regol. su la fabbricazione degli alcools; 22, decreto sulle lotterie; e implicitamente nello stesso art. 220, legge comunale e provinciale); e non si può negare che in tal caso si abbia un vero e proprio "*contratto*" fra il contravventore e l'autorità amministrativa, e precisamente una "*transazione*"; perchè essi si accordano qui *aliquo dato et aliquo retento*. Ma la contrattazione, in questo caso, cade sul *quantum debeatur*, non sull'*an debeatur*; anzi, nemmeno su la determinazione di tutta la entità e quantità della somma, ma di una parte soltanto di questa quantità: quella che sta fra il massimo e il minimo legale; cade, cioè, sul *modo di esecuzione*, non sull'*adempimento*

---

(170) L'art. 101 cod. pen. (collocato, si noti bene, sotto il titolo IX del libro primo del codice: "Dell'estinzione dell'azione penale e delle condanne penali") dicendo che l'imputato *può far cessare il corso dell'azione penale* col pagare, *prima dell'apertura del dibattimento*, una somma corrispondente al massimo della pena pecuniaria stabilita per la contravvenzione, richiede, è vero, che il *processo penale* non abbia ancor raggiunto lo stadio del *giudizio*, ma suppone evidentemente un processo penale *già iniziato*, non solo, ma un processo la di cui fase istruttoria può eventualmente esser stata anche condotta a termine e chiusa giudizialmente mediante una decisione delle giurisdizioni istruttorie. Esattamente, perciò, la dottrina suol annoverare l'oblazione volontaria o componimento amichevole dell'art. 101 del cod. penale fra le *cause estintive dell'azione penale*. Così, ad es., il LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, 3ª ed., Firenze, 1905, nº 107, p. 126 e segg. Si noti poi, in rapporto a quanto è detto nel testo, che l'art. 101 del cod. pen. in materia di componimento amichevole rappresenta *la regola*, giacchè esso si applica a tutte le contravvenzioni per le quali è stabilita la pena pecuniaria non oltre le lire trecento (che sono la maggior parte delle contravvenzioni punite con sola pena pecuniaria) e sempre che la legge non disponga altrimenti.

in sè, e tanto meno su l'*esistenza* dell'obbligazione giuridica penale. Lo stesso avviene quando " il sindaco chiama i contravventori avanti di sè con la parte lesa per tentare la conciliazione „, la quale, debitamente accertata mediante processo verbale (acconsentito e firmato dalle parti e dal sindaco), " esclude ogni procedimento „ (art. 220, legge comun. e prov.) : nelle contravvenzioni, cioè, in cui vi è parte lesa. La sola differenza è che l'accordo, e quindi, la transazione corre qui, non fra il contravventore e l'autorità amministrativa (sindaco), ma fra il contravventore e la parte lesa; e l'autorità amministrativa figura, invece, quasi come un *giudice conciliatore* (cod. proc. civ., art. 1-8; legge sui conciliatori, 16 giugno 1892), onde, la transazione su la quantità della somma (sempre, s'intende, fra il massimo e il minimo legale), assume il carattere e prende il nome di *conciliazione amministrativa.* Ma si dice che " nello stesso diritto vigente sussistono anche casi in cui qualunque azione penale è esclusa, in qualunque momento dalle conseguenze di una violazione di legge amministrativa „ (così nella mancata o ritardata registrazione di atti o nella denunzia infedele o incompleta prevedute negli art. 23 e seg., della legge sul registro 20 maggio 1897; così nei fatti contemplati nella parte II, titolo IV (*Del potere disciplinare*), del cod. per la marina mercantile, art. 52 e seg.) (171). Ma qui si presenta chiaro il dilemma. O le conseguenze di questi fatti illeciti non sono " pene „, in vero e proprio senso (sono per es., pene disciplinari, o regolamentari, o convenzionali (clausole penali), o altre sanzioni civili, o amministrative, come nullità, decadenze, risarcimenti di danni, ecc.) (172); e allora, non v'è certo reato, nè reo, nè pena, nè giudice penale, non v'è, in una parola, *diritto penale*, nè materiale, nè processuale, ma non v'è neppure *diritto amministrativo* " *penale* „, cioè a dire una parte penale del diritto amministrativo che non è diritto penale. O le conseguenze

(171) Raggi, *Il dir. amm. penale*, Estratto dal " Filangieri „, Milano, 1897, pp. 14-15.

(172) Si cfr. su le sanzioni non penali contenute nelle leggi finanziarie: Manzini. *Trattato*, I, n° 75, p. 103, *sub* III, n° 77, p. 107 e segg., e sul carattere delle sanzioni contenute nella parte IIª, tit. IV cod. mar. merc. lo stesso autore, nella stessa opera, n° 57, p. 71.

di questi fatti illeciti sono, invece, come si afferma (173) vere e proprie pene (pene pubbliche, in contrapposto alle pene contrattuali, disciplinari, ecc.): e allora vi è reato, vi è reo, vi è pena, vi è diritto penale (diritto penale materiale), se anche manca un giudice e una giurisdizione penale, un'azione e un processo penale, se anche manca, in una parola, un diritto processuale penale. Il principio " *nemo damnetur nisi per legale judicium* „ (nel senso di giudizio di organi dotati di *jurisdictio*), — principio che è recente e preziosa conquista dello Stato di diritto, — non è, anche nel diritto penale moderno, tale che non possa subire ancora qualche eccezione, talora profonda e notevole. Ma non per questo diremo noi che dove non è giudice e giurisdizione penale, dove non è azione e giudizio e processo penale, ivi *non è diritto penale*; diremo solo che non v'è *diritto processuale penale.* Diritto penale, nel senso di diritto penale materiale, c'è sempre che trovi applicazione il dettato: *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali* (anzi, sempre che vi siano norme giuridiche, anche consuetudinarie, relative ai reati e alle pene) e il *principio nullum crimen, nulla poena sine lege* può trovare e trova applicazione anche là dove, non un *procedimento giurisdizionale* esista, ma solo un *procedimento amministrativo* penale. Chè se poi si ritiene che non sia *diritto* (materiale e sostanziale), dove non è *giurisdizione,* bisogna concludere, non già che il diritto contravvenzionale non è *diritto penale,* ma che esso non è " diritto „ e quindi neppure " *diritto* „ *amministrativo*: ciò che, evidentemente, è un assurdo e va oltre gli stessi intendimenti di coloro che sostengono l'autonomia del diritto penale contravvenzionale (diritto penale amministrativo) di fronte al diritto penale relativo ai delitti (diritto penale vero e proprio). Affermare, d'altronde, che le contravvenzioni non sono reati, per ciò che ledono l'interesse dello Stato nella sua attività amministrativa, che il diritto penale contravvenzionale, per ciò appunto che si riferisce all'amministrazione, non è diritto penale, ma diritto amministrativo; porta alla logica conseguenza che anche i delitti, o per lo meno gran parte di essi (p. es., i delitti contro la personalità dello Stato, contro la pubblica amministrazione, contro l'amministrazione della giustizia, ecc.; i delitti contro la persona e la pro-

(173) Raggi, *op. cit.*, l. c.

prietà), non sono reati per ciò che essi ledono o minacciano interessi, e eventualmente diritti, che sono propri dello Stato o dei privati; che anche il diritto relativo ai delitti, o almeno a questi delitti, non è diritto penale, ma, secondo i casi, diritto pubblico o diritto privato, per ciò che si riferisce a interessi e a rapporti che subiscono anche la disciplina di altre norme giuridiche di diritto pubblico o di diritto privato. Significa, in altri termini, distruggere l'autonomia del diritto penale, polverizzando le sue norme e distribuendole nei vari rami del diritto privato e del diritto pubblico in senso stretto: il nihilismo, dunque, del diritto penale! Si chiami pure, se così piace, il diritto contravvenzionale in genere, e in particolare quello sparso nelle varie leggi amministrative, *diritto penale amministrativo*, come si dice *diritto penale commerciale* e *diritto penale industriale* il diritto penale relativo al commercio e all' industria contenuto nel codice di commercio e nelle particolari leggi commerciali e industriali. Ciò può essere anche tecnicamente proprio ed esatto e può servire a meglio caratterizzare la natura di questa parte, così importante, del diritto penale. Ma non si dica, perciò, che esso non è *diritto penale*, ma, invece, *diritto amministrativo*. L'unione stessa di questi due predicati: penale e amministrativo, dati a tal parte del diritto, smentisce quella conclusione. Tanto varrebbe il dire, ad esempio, che le disposizioni penali relative alla bancarotta e ai reati di fallimento in genere o quelle relative alle società di commercio, per ciò che si riferiscono al commercio, e si trovano nel codice commerciale, non sono diritto penale, ma, invece, diritto commerciale, cioè, diritto privato.

111. Ciò che si è detto porta a precisare la vera natura delle contravvenzioni in confronto dei delitti. I reati, qualunque essi siano, delitti o contravvenzioni, appartengono certamente al *genus proximum* dei *fatti illeciti*, delle *azioni antigiuridiche*, dei *torti giuridici* insieme ai fatti illeciti di diritto privato (delitti e quasi-delitti civili) o pubblico o internazionale, produttivi di una conseguenza giuridica, diversa dalla pena (risarcimento del danno). Ogni fatto illecito o torto giuridico è, infatti, un'azione umana imputabile illecita e dannosa (compreso in questa ultima parola anche il semplice pericolo di danno). In questo senso tutti i reati, e così i delitti che le contravvenzioni, sono certo violazioni o offese del

diritto e, si dica pure (poichè *nullum crimen*, vi è, *sine lege*, e la consuetudine non è fonte di diritto penale, come è fonte di diritto in genere), *trasgressioni di legge* (174). — Ma poichè il *genus proximum* non esclude, e anzi esige, la *differentia specifica*, così i *reati* si distinguono dagli altri fatti illeciti o torti giuridici di diritto privato o pubblico o internazionale, non solo *in sè*, in quanto son violazioni di quelle particolari norme giuridiche che sono i precetti del diritto penale, ma anche, e per conseguenza, *nei loro effetti giuridici*, in quanto producono quelle particolari conseguenze giuridiche che hanno il nome di pene: differenze, queste, bensì puramente *formali*, ma che (oltre ad essere per sè sufficienti nella pratica applicazione del diritto) rispondono tuttavia a differenze *sostanziali* relative, cioè, alla natura psicologica, sociale o politica del reato e della pena e alla natura del rapporto di causalità (psico-sociale) che fra di essi intercede. E poichè le contravvenzioni, come i delitti, son violazioni di comandi o divieti penalmente sanzionati e hanno per conseguenza giuridica una pena vera e propria, è manifesto che delitto e contravvenzione sono ambedue " reati ", che, in altri termini, le contravvenzioni sono reati, come son reati i delitti. Tutti gli elementi costitutivi ed essenziali del reato, generalmente considerato, sono, infatti, ad essi comuni:

a) Come i delitti, così anche le contravvenzioni sono *estrinsecazioni di volontà* (azioni in senso stretto o omissioni), produttive di un *risultato* (modificazione del mondo esteriore); e quindi suppongono sempre una volontà: la volontà obiettivata nell'azione o omissione (cfr. art. 45 capov., cod. pen.: nelle contravvenzioni ciascuno risponde della *propria* (volontaria) *azione* o *omissione*...):

b) Come i delitti, così anche le contravvenzioni sono azioni o *dolose* o *colpose*. Non è vero, come si è detto, che dolo e colpa siano estranei alle contravvenzioni (175). Vi sono contravvenzioni *dolose* e

---

(174) Così Raggi, *op. cit.*, p. 6 dell'Estratto.

(175) Cfr., ad es., Impallomeni, *Istituzioni di dir. pen.*, Torino, 1908, p. 263. e Lanza. *Diritto penale italiano*, Torino, 1908, n[i] 100 e segg., p. 129 e segg., dove però vien confusa la previsione e volontà del risultato dannoso (*dolo*) e il difetto di previsione e di volontà di un risultato dannoso (*colpa*) con la stessa estrinsecazione di volontà positiva o negativa (azione *strictu sensu* o omissione) che è *causa* del risultato dannoso. La necessità che esista, nelle contravvenzioni, una manifestazione positiva (azione) o negativa (omissione)

contravvenzioni *colpose* (176). Non è vero nemmeno, come pure si è detto, che le contravvenzioni siano unicamente azioni *colpose* (177). Vi sono contravvenzioni che consistono in azioni *dolose* (178). La differenza è tutta nella *prova*. Nei delitti il dolo e la colpa non si presumono ma debbono essere provati: provati dalla parte che accusa (P. M. e parte civile) o per iniziativa del giudice stesso. Nelle contravvenzioni, invece, dolo e colpa non han bisogno di essere provati (ad opera degli organi dell'azione o di quelli della giurisdizione penale) ma si presumono; e si presumono non in modo assoluto, *iuris et de iure*, senza possibilità di prova contraria, ma in modo *relativo*, *iuris tantum*, con la possibilità della prova contraria da parte dell'imputato e del suo difensore. Si ha qui, dunque, l'*inversione* nell'onere della prova del dolo e della colpa (cod. pen., art. 45, capov., ... ancorchè *non si dimostri* che abbia *voluto commettere* un fatto contrario alla legge „ (cioè un fatto contrario a un bene o interesse, che è protetto dalla legge penale)) (179). Ma *presunzione* legale di dolo o di colpa, non è

---

di volontà e quindi una " volontà „ (determinazione di volontà) *manifestata* (non è esatto parlare di *volontà della manifestazione di volontà*), nessuno l'ha mai negato; e la legge è chiara in proposito (art. 45 capoverso: *propria* azione o omissione). La questione è invece relativa alla volontà del danno (dolo) o al difetto di volontà del danno (colpa). E, per noi, la circostanza che nelle contravvenzioni ciascuno risponde della propria azione o omissione " *ancorchè non si dimostri che egli abbia voluto commettere un fatto contrario alla legge* „ (art. 45 capov. cod. pen.) (cioè non si dimostri che abbia voluto il risultato lesivo dell'interesse dell'amministrazione) altro non prova se non che, nelle contravvenzioni, il *dolo* è *presunto iuris tantum* ed è invertita per conseguenza la *prova* di esso, non prova già che *esso non esiste*.

(176) Cfr. gli autori citati *retro* note 142 e 143. Nello stesso senso v. anche: Longhi, *Teoria generale delle contravvenzioni*, Milano, 1898, n[i] 26-27, pp. 113-127; *Criteri diff. delle contravv. dai delitti* nella " Giur. Ital. „ (1899), II, 289; (vedi anche: *Dolo e colpa nelle contravvenzioni* nel " Foro Penale „, 1893 e lo scritto nella " Temi Veneta „, anno XVI, n[i] 10-11).

(177) Berenini, *La subiettività del reato*, Napoli, 1899, negli *Scritti* pel Pessina, II, p. 151 e segg. e, prima ancora, Nulle, in " Monitore dei Tribunali „, XXII, (1886), p. 117 e segg.; Garbasso, *Nozioni generali delle contravvenzioni*, Casale, 1889, pp. 17-18.

(178) Cfr. note: 142, 143, 176. V. anche Mesina, *L'elemento psicologico nelle contravvenzioni*, Cagliari, 1904, n° 9.

(179) Cfr. Stoppato, *Dell'elemento soggettivo nelle contravvenzioni*, in " Temi Veneta „, vol. X (1885), pp. 489, 501, 513; vedi anche *Ibidem*, XIII (1888),

finzione legale (o finzione giuridica) di dolo e di colpa: solo la finzione di colpa (dolo e colpa in stretto senso) è *mancanza* di colpa; la presunzione di colpa, anche assoluta, e tanto più *relativa*, suppone, invece, sempre l'*esistenza* di una colpa, perchè ogni presunzione (e anche la *presunzione iuris et de iure*) è fondata su un *calcolo di probabilità* logicamente (o anche matematicamente) accertata; e la probabilità del dolo o della colpa è l'esistenza normale e ordinaria dell'uno o dell'altra. La differenza, dunque, appunto perchè relativa alla *prova* e al *diritto probatorio*, è una differenza puramente *processuale*;

c) Come i delitti, così anche le contravvenzioni sono azioni *giuridicamente illecite dal punto di vista del diritto penale*, violano cioè un comando o divieto penalmente sanzionato (e quindi l'obbligo del cittadino di astenersi e il diritto dello Stato a che egli si astenga dalle azioni o omissioni vietate sotto minaccia di pena). Non è vero che le contravvenzioni siano fatti contrari a norme (leggi, regolamenti, atti amministrativi veri e propri) del diritto amministrativo, e non del diritto penale (180). Se " nessuno può esser punito per un fatto che non sia preveduto come reato dalla legge " (art. 1 cod. pen.), ogni reato, e anche la contravvenzione (sia pur preveduta da una legge o da un regolamento amministrativo) viola un precetto positivo o negativo, un comando o divieto del diritto penale obiettivo che esiste pel fatto solo che esiste una legge la quale minaccia di pena chi commetterà una data azione o omissione, contraria a

pp. 165. 269. Nello stesso senso: Longhi, in " Temi Veneta ", XVII (1891), pp. 117-131; *Teoria generale delle contravvenzioni*, Milano, 1893, nº 27, p. 125; Lanza *Studi sulle contravvenzioni*, II, in " Suppl. Riv. pen. ", V, p. 5 e segg.; Impallomeni, *Il codice penale italiano illustrato*, vol. I, 2ª ediz., p. 185, dove però l'inversione della prova, e quindi la presunzione, sembra riferita non al dolo e alla colpa, ma, invece, alla *volontarietà* dell'azione (non già del suo risultato); Crivellari, *Il codice penale d'Italia interpretato*, Torino, 1890 e segg., vol. III, § 81; Majno, *Commento al codice penale*, 2ª ed., Verona, 1903, vol. I, nⁱ 182-183, pp. 110-111; Giannini, *Studi sulle contravvenzioni*, Estratto dall'" Archivio Giuridico ", vol L, fasc. 1º (Bologna, 1893), p. 5 e segg. È il concetto sostenuto già dal Del Lungo, *I reati di mera creazione politica*, Firenze, 1870, §§ 97 e 98 (in Francia dal Le Sellyer), e eloquentemente propugnato e diffuso dallo Stoppato (negli scritti sopra citati).

(180) Raggi, *Diritto amministrativo penale*, nel " Filangieri ", 1907, estratto, pag. 10.

quel precetto, cioè, una legge penale. Le leggi amministrative, in quanto minacciano pene, non sono che *leggi penali* (art. 10 codice penale); e la facoltà regolamentare penale è contenuta nei limiti della delegazione legislativa. Poco importa poi, se, oltre ad essere contraria a un precetto di diritto penale, la contravvenzione viola anche un'altra norma, e questa, di diritto amministrativo. Ciò avviene anche in taluni delitti, e cioè, nei *delitti contro la pubblica amministrazione*, ma rilevante, per la qualità di *reato* (*delitto* contro la pubblica amministrazione o contravvenzione) non è la violazione della norma di diritto amministrativo, ma la violazione della norma di diritto penale. Nè è vero che ciò che viene in considerazione nella contravvenzione è la *violazione del diritto dell'Amministrazione all'obbedienza della propria norma* (181). Ciò che viene in considerazione è bensì la violazione del *diritto di obbedienza* dello Stato, ma del diritto all'obbedienza della norma — comando o divieto — del diritto penale: non altra. Certo esistono sanzioni penali per il caso di inosservanza di una *norma* o di un *comando* della Autorità amministrativa. Ciò avviene nelle leggi penali così dette *in bianco* (*Blankettstrafgesetze*) (182) (es.: art. 434 cod. pen.), cioè in quelle leggi che contengono *pure sanzioni penali*, poste all'esservanza di comandi o divieti, ancora da emettersi, epperò inesistenti al momento in cui vien comminata la pena, e nelle quali, dunque, la sanzione penale *precede* cronologicamente (non mai logicamente) il *precetto*. Ma il comando dell'autorità amministrativa è in tal caso il comando o il divieto della legge penale medesima, che ad esso si richiama;

d) Come i delitti, così anche le contravvenzioni, sono azioni dannose (danno in senso largo = danno e pericolo di

---

(181) RAGGI, *Dir. amm. pen.*, p. 10.

(182) La denominazione è del BINDING, *Die Normen u. ihre Uebertretung*, Bd. I, 2ª ed., p. 158 e segg., 185 e segg.; *Handbuch d. deutsch. Strafrechts*, Leipzig, 1885, Bd. I, pp. 79, 83, 180, 228; *Grundriss des Strafrechts*, Leipzig, 1902, § 18, p. 62, a cui spetta anche il merito di aver per primo elaborato il concetto delle leggi penali *in bianco*. Nome e concetto sono ormai generalmente accettati in Germania (vedasi per ultimo: FINGER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Bd. I, Berlin, 1904, pp. 98 e 100; BELING, *Lehre von Verbrechen*, Tübingen, 1906, p. 160 e segg.; LISZT, *Lehrbuch d. deutsch. Strafr.*, 17ª ed., Berlin, 1908, § 17, p. 89) e si vanno facendo strada in Italia (MANZINI, *Trattato di dir. pen.*, vol. I, Torino, 1908, p. 143, v. anche pp. 150, 174, 188, 205, 220, 233).

danno). Non è vero, come suol dirsi, che " il danno o il pericolo di danno sia un elemento affatto superfluo per l'esistenza giuridica della contravvenzione ". Ogni contravvenzione — lo abbiamo detto — è lesione dell'interesse che lo Stato prosegue mediante la sua attività amministrativa, e da questo punto di vista è un danno: danno dell'Amministrazione (Stato). E questo è l'unico danno che giuridicamente importi, dal punto di vista del diritto penale per l'esistenza e perfezione giuridica delle contravvenzioni. Ogni altro *danno*, ogni *pericolo*, ogni *possibilità di pericolo* di danno che dalla contravvenzione eventualmente derivi (o può derivare, o non derivare, a seconda che si tratti di certune o di certe altre contravvenzioni) è giuridicamente indifferente, cioè irrilevante, dal punto di vista del diritto penale. Infine occorre appena osservare che anche nelle contravvenzioni, come nei delitti, vi è non solo un *danno diretto* o *immediato*, ma anche un *danno* e un *pericolo* indiretto o mediato che ha natura psico-sociale e che colpisce sempre pertanto la società, e quindi lo Stato, nella collettività di coloro che lo compongono.

112. Ma se tutti gli elementi che si riscontrano nei delitti si riscontrano pure identicamente nelle contravvenzioni; se per ciò le contravvenzioni sono reati, come sono reati i delitti, esiste, deve qui domandarsi, una *differenza* fra *delitti* e *contravvenzioni*? La risposta risulta da quanto precedentemente si è detto. Poichè tutti gli elementi, nessuno escluso, che si riscontrano nei delitti, si riscontrano pure nelle contravvenzioni, è chiaro che " delitti " non è più che un nome comune per designare certi determinati reati, e " contravvenzioni " non è più che un nome comune per designare certi determinati altri reati. In altri termini: " reato " non è se non un *comune denominatore* che abbraccia tutta una determinata categoria di *azioni*, cioè le *azioni punibili*, si chiamino esse *delitti* o si chiamino *contravvenzioni*; non è già il *genus proximus* dei delitti, da un lato, e delle contravvenzioni, dall'altro, accanto al quale possa trovarsi una *differentia specifica* fra tutti i delitti, da una parte, e tutte le contravvenzioni, dall'altra (183).

(183) L'impossibilità di una *differentia specifica* fra tutti i delitti, da un lato, e tutte le contravvenzioni, dall'altra, risulta anche dall'esame delle singole

Ma come è ben possibile distinguere, fra i delitti, parecchie classi che si differenziano le une dalle altre avuto riguardo alla diversità del bene o interesse giuridico leso o minacciato da essi, così è ben possibile distinguere, fra i reati, oltre le varie classi di essi che costituiscono il sistema dei delitti in ispecie, un'altra classe di reati, diversa da ciascuna classe di delitti, che è data, appunto, dalle *contravvenzioni*. Dal momento, infatti, che le contravvenzioni offendono tutte e sempre l'interesse pubblico e statuale che lo Stato soddisfa mediante la sua attività amministrativa, è evidente che le contravvenzioni sono, intanto, reati ben distinti dai reati (delitti) contro i beni e interessi giuridici del singolo individuo, siano questi corporali (vita, sanità) o incorporali (onore, libertà personale, ecc.), morali o patrimoniali (cioè dai delitti contro la persona, contro il patrimonio, ecc.) e sono ben distinti dai reati contro le famiglie (c. d. contro l'ordine delle famiglie). Evidente è pure, per ciò, che le contravvenzioni sono reati ben distinti dai reati (delitti) contro i beni o interessi giuridici, non del singolo, nè dello Stato (persona giuridica), ma della collettività dei cittadini, della società, del pubblico (delitti contro l'ordine pubblico, l'incolumità e la sanità pubblica, la fede pubblica, la morale o il buon costume pubblico, ecc.). Evidente è, ancora, per quanto si è detto, che le contravvenzioni sono reati distinti anche dai reati (delitti) diretti

---

disposizioni legislative che stabiliscono una diversità di trattamento fra *delitti e contravvenzioni* (cod. pen., articoli 5, 11, 36, 45, 60, 61, 83 n° 1, 91, 93, 105, ecc.: cod. proc. pen., articoli 10, 11, ecc.) (sul quale esame vedi minutamente e esattamente: CIVOLI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 1900, n° 93, pp. 271-284). Da esso, infatti, non è possibile trarre altra conclusione se non questa: che, cioè, i delitti in confronto alle contravvenzioni hanno in massima (che ammette eccezioni, p. es.: i delitti politici), un carattere *più assoluto*, o meglio, meno *relativo* e *variabile* da tempo a tempo e da luogo a luogo: ciò che è spiegato appunto dalla maggiore relatività e variabilità per tempo e per luogo che, in confronto degli altri scopi individuali e collettivi, privati o pubblici, hanno gli scopi che lo Stato può proporsi nella sua attività amministrativa, specialmente nella attività amministrativa così detta " sociale ". — La notata impossibilità di distinguere le contravvenzioni da tutti i delitti, presi in gruppo, non impedisce però, come si dice nel testo, di distinguere le contravvenzioni da ciascuna classe di delitti: non è quindi esatta, come si è visto, la teoria (nel testo *sub* 9) che nega la possibilità di qualsiasi distinzione.

bensì contro lo Stato, ma non contro lo Stato come pubblica amministrazione, (c. d. delitti di Stato, cioè contro l'esistenza e la personalità giuridica dello Stato, delitti contro i diritti di libertà e i diritti politici del cittadino verso lo Stato, delitti contro l'amministrazione della giustizia). Restano, dunque, *i delitti contro la pubblica amministrazione*. A prima vista parrebbe che, da tali reati, non dovessero distinguersi le contravvenzioni, dal momento che quest'ultime si sono definite come offese all'interesse dell'amministrazione dello Stato; e, in realtà, delitti contro la pubblica amministrazione, da un lato, e contravvenzioni, dall'altro, ben potrebbero raggrupparsi sotto una unica categoria di " *reati contro la pubblica amministrazione* ". Ma ciò non toglie che una differenza, per quanto delicata, vi sia tra gli uni e le altre (184); ed è questa. Le contravvenzioni offendono, bensì, la pubblica amministrazione, o, a meglio dire, lo Stato come pubblica amministrazione (Stato-amministrazione); ma poichè esse consistono in controperazioni o omesse cooperazioni all'amministrazione dello Stato, in azioni o omissioni che si contrappongono all'attività amministrativa dello Stato, diretta ad evitar mali (danni e pericoli) o a procurar beni (vantaggi, utilità) sociali, così è evidente che l'interesse dello Stato che le contravvezioni offendono non può essere, come si è detto, che l'interesse stesso di amministrazione (interesse amministrativo) dello Stato, o, più precisamente, l'interesse, che lo Stato ha, di difendere o favorire, amministrando o governando, gli interessi, i beni, i bisogni individuali e collettivi (e come tali talvolta gli stessi interessi suoi); quindi, un interesse dello Stato, *secondario, mediato, indiretto, riflesso*, che si voglia dire, di fronte *ad altri* interessi (individuali o collettivi, privati o pubblici) *primari, principali, diretti, immediati*: un *interesse-mezzo* (di fronte ad altri *interessi-fini*), che lo Stato, *mediante la sua attività*, detta appunto *amministrativa*, tende a soddisfare. In altri termini, le con-

---

(184) Il Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1908, p. 572, parlando delle *Strafbare Handlungen gegen die Staatsverwaltung*, avverte (nota 1) che " questo gruppo di delitti non si deve confondere con i *delitti di diritto amministrativo* nel senso di James Goldschmidt, cioè a dire (vedi sopra testo n. 106 sub *a* e nota): le *contravvenzioni*. Ma in qual modo gli uni si distinguono dalle altre, il Liszt poi non ci dice.

travvenzioni suppongono un'*organizzazione amministrativa* dello Stato già bell'e costituita, e hanno riguardo alla *funzione* che questi *organi* amministrativi spiegano, alla *attività* che essi esplicano, cioè all'*attività amministrativa*, onde si contrappongono appunto all'interesse pubblico che lo Stato, o meglio, i suoi organi, mediante la attività amministrativa, tendono a realizzare. Diversa è, invece, la cosa nei *delitti contro la pubblica amministrazione*. Qui non si ha riguardo alla *attività amministrativa* dello Stato, e quindi all'interesse che lo Stato, mediante quella, soddisfa, ma, invece, proprio al contrario, all'*organizzazione amministrativa* dello Stato medesimo e quindi all'interesse o agli interessi relativi, appunto, a questa organizzazione. Tali interessi relativi all'organizzazione amministrativa dello Stato sono certo il presupposto di quelli relativi alla attività amministrativa dello Stato stesso, come l'organizzazione amministrativa è presupposto dell'attività o funzione amministrativa (amministrazione, in senso ristretto o proprio), come, più genericamente, l'*organo* è il precedente necessario della *funzione* (creato l'organo è, infatti, assicurata la funzione, ma, data la funzione, non per questo è dato l'organo). Ma sono interessi certamente distinti, come è distinta l'organizzazione amministrativa dalla funzione o attività amministrativa, come è distinto l'organo dalla funzione. E la differenza più notevole consiste in ciò: che l'interesse dello Stato di amministrativamente organizzarsi e mantenere questa organizzazione, è un interesse dello Stato *primario, principale, diretto, immediato*, autonomo, cioè, e indipendente, non relativo ad altri interessi, individuali o collettivi, privati o pubblici; mentre l'interesse dello Stato di amministrare, di funzionare o agire amministrativamente e di proteggere la esplicazione della attività amministrativa, è un interesse, come si è detto, *secondario, indiretto, mediato, riflesso*, proprio cioè, sì, dello Stato, ma non autonomo e indipendente, non separabile da altri interessi individuali o sociali (primari, diretti, immediati). E che i delitti contro la pubblica amministrazione offendano proprio interessi della *organizzazione*, e non della *attività, amministrativa* dello Stato, è reso evidente da uno sguardo, anche fugace. a quei reati che, nel codice penale, sono appunto collocati sotto il titolo dei *delitti contro la pubblica amministrazione* (peculato, concussione, corruzione, abuso di autorità. violazione dei doveri inerenti ad un pubblico ufficio, abuso dei Ministri dei culti nell'esercizio delle proprie funzioni,

usurpazione di funzioni pubbliche, di titoli e di onori, violenza o resistenza alla autorità, oltraggio e altri delitti contro persone rivestite di pubblica autorità, violazioni di sigilli e sottrazioni da luoghi di pubblico deposito, millantato credito presso pubblici ufficiali, inadempimento di obblighi e frodi nelle pubbliche forniture) (185) nonchè di altri che pure vi potrebbero rientrare (per esempio, evasione e inosservanza di pena) (186). Essi, infatti, o consistono nella violazione di doveri di ufficio che i funzionari amministrativi hanno verso lo Stato, da parte degli stessi pubblici ufficiali o funzionari amministrativi (senza o col concorso di privati); ovvero consistono in violazione dei doveri giuridici che i privati hanno verso lo Stato, considerato come pubblica amministrazione, da parte dei privati stessi (senza o col concorso degli organi amministrativi). Nella prima ipotesi si ha, evidentemente, l'*organo* (pubblico ufficiale, o funzionario, amministrativo o anche incaricato di servizio pubblico) che insorge contro l'*organizzazione* stessa a cui appartiene, contro l'*organismo amministrativo* dello Stato, e quindi contro lo Stato stesso che lo creò (Stato-pubblica amministrazione). — Nella seconda ipotesi, se con l'azione del privato concorre quella dell'organo amministrativo, ricorrono identicamente le osservazioni fatte di sopra; se non concorre, sempre appare, tuttavia, l'azione del privato non già come un impedimento o una mancata cooperazione all'attività amministrativa dello Stato, ma, invece, come una insurrezione contro lo Stato stesso nella sua organizzazione amministrativa, che tocca l'organismo amministrativo in sè, oltre che l'organo di questo organismo, e non tocca affatto o tocca solo per conseguenza l'azione amministrativa dello Stato (così, p. e., nell usurpazione di funzioni pubbliche, di titoli e di onori, ma anche nella violenza e resistenza all'Autorità, nell'oltraggio, ecc.). Gli interessi dello Stato relativi alla sua organizzazione amministrativa possono dar luogo a diritti subiettivi pubblici dello Stato verso i cittadini e verso gli organi dello Stato stesso (diritti di supremazia, generali e speciali, morali o patrimoniali): l'interesse dello Stato di conservare i beni e di procurare i mezzi di soddisfazione dei bisogni individuali o collettivi,

(185) Cod. pen., libro II, tit. III, art. 168-207.
(186) Cod. pen., art. 226-235.

che lo Stato tende a soddisfare mediante l'attività amministrativa non costituisce, invece, un diritto subiettivo dello Stato stesso, quantunque per appagarlo debba lo Stato valersi dei poteri inerenti alla sua sovranità. — La medesima differenza che corre fra i delitti contro la pubblica amministrazione preveduti nel codice penale e le contravvenzioni nel codice stesse contemplate, corre pure fra i delitti e le contravvenzioni relative alla amministrazione particolarmente finanziaria e militare preveduti nei codici e nelle leggi speciali e dà la chiave di volta per la distinzione, ad esempio, fra delitti finanziari e contravvenzioni finanziarie, fra delitti militari e contravvenzioni alle leggi militari.

113. Il fin qui detto relativamente alla natura delle contravvenzioni e alla *distinzione* di esse dalle altri classi di reati, cioè, dalle varie classi dei delitti (particolarmente riguardo alla distinzione fra contravvenzioni e delitti contro la pubblica amministrazione), dà modo di determinare anche *i rapporti* che corrono fra i delitti in generale, da un lato, e le contravvenzioni, dall'altro. Dal momento che l'attività amministrativa dello Stato, a cui si contrappongono le azioni o omissioni contravvenzionali, non solo può, ma deve necessariamente riferirsi *ad altri beni* dell'individuo, o della società (pubblico) o dello Stato medesimo, sia per conservarli, sia per procacciarli; dal momento che essa, come attività amministrativa giuridica, è diretta appunto a conservare i beni e gli interessi sia dell'individuo, sia della società, sia dello Stato già esistenti e protetti dal diritto (beni e interessi giuridici, eventualmente diritti soggettivi) ed anche dal diritto penale (es., personalità fisica e morale, patrimonio dei privati; ordine pubblico, incolumità pubblica, moralità pubblica, ecc.); dal momento che essa ciò fa col prevenire danni o pericoli di danni ai beni o interessi medesimi; — è manifesto che le contravvenzioni, e più precisamente le contravvenzioni che si contrappongono all'attività amministrativa *giuridica* dello Stato, non solo possono contenere, e normalmente contengono, una *possibilità di pericolo*, ma possono anche, *col verificarsi di ulteriori risultati della azione o omissione contravvenzionale*, portar con sè un *pericolo effettivo* o anche un *danno effettivo* a *beni* o *interessi* protetti dal *diritto penale* nei suoi precetti e nelle sue sanzioni relativi a tutte quelle azioni punibili, che non sono contravvenzioni, ma delitti. Si rende così evidente la possibilità, in tali

casi, di quel *passaggio da semplice contravvenzione a delitto* recentemente rilevato dalla nostra migliore dottrina e giurisprudenza (187). Così l'esercizio abusivo della medicina, semplice contravvenzione (art. 23 Legge sanitaria), può dar luogo a un delitto di lesione personale (art. 372 c. p.) se porta a cagionare ad altri un danno nel corpo o nella salute. Così pure il porto d'armi proprie e improprie senza licenza o senza giustificato motivo, semplice contravvenzione (art. 464 cod. pen., 19 e 20 Legge pubblica sicurezza (e 23 del Regolamento), modificati dalla legge 2 luglio 1908, n° 319 sulle lesioni commesse con armi e sulle contravvenzioni per porto d'armi) può portare a un delitto di omicidio (art. 364 c. p.) o di lesione personale (art. 372 c. p.), se fornisce occasione ad uccidere o a ferire. Così l'atto contrario alla decenza pubblica (art. 490 c. p.) può spingersi sino al punto di diventare un vero e proprio oltraggio al pudore (art. 338 c. p.). Così pure il disturbo della quiete pubblica o privata (art. 458 c. p.) può andar tanto oltre da divenire un delitto di ingiuria (art. 395 c. p.) o di minaccia (art. 156 c. p.); e così via. E più genericamente: le contravvenzioni concernenti l'ordine pubblico e l'incolumità pubblica (cod. pen., libro III, tit. I e II, art. 434-483) possono condurre, in massima, a delitti contro l'ordine pubblico (cod. pen., libro II, tit. V, art. 246-251) o contro l'incolumità pubblica (cod. pen., libro II, tit. VII, art. 300-326) e anche a delitti contro la fede pubblica (cod. pen., libro II, tit. VI, art. 256-299), contro la pubblica amministrazione (cod. pen., l. II, t. III, art. 168-210) contro l'amministrazione della giustizia (cod. pen., l. II, t. IV, art. 210-245), contro la persona (cod. pen., l. II, t. IX, art. 344-402), contro la libertà (c. p., l. II, t. II, art. 139-167), contro la proprietà (c. p., l. II, t. I, art. 402-430), ecc. Le contravvenzioni concernenti la pubblica moralità (cod. pen., l. III, tit. III, art. 484-492) possono condurre, in massima, a delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie (cod. pen., l. II, t. VIII, art. 331-363) o anche a delitti contro la persona, la libertà, la proprietà, ecc. Le contravvenzioni

(187) Stoppato, Lucchini, Brusa, Carnevale, Tuozzi, ecc., negli scritti citati *retro* a note 126 e 127. Per la giurisprudenza, v., ad es.: Cass. 2 maggio 1896 "Riv. pen. ", XLIII, 565; Cass. 13 gennaio 1873, " Riv. pen. ", XXXVII, 312. Da ultimo vedasi: Manzini, *Trattato*, vol. I, n° 210, p. 363.

concernenti la pubblica tutela della proprietà (cod. pen., l. III, t. IV, art. 492-498) possono condurre, in massima, a delitti contro la proprietà, contro la fede pubblica, ecc. Le contravvenzioni alla polizia sanitaria possono condurre, in massima, a delitti contro la sanità e alimentazione pubblica, a delitti contro la persona, ecc. Le contravvenzioni elettorali, finanziarie, militari, ecc. possono condurre a delitti contro la libertà, contro la pubblica amministrazione. ecc. E via dicendo, giacchè gli esempi si potrebbero agevolmente moltiplicare.

Allorchè una contravvenzione degeneri in delitto, due ipotesi si possono fare. O che si tratti di un *delitto di danno* cioè *di lesione* o che si tratti di un *delitto di pericolo* cioè *di minaccia* (cfr. *retro* n. 104 e 105). Nella prima ipotesi, come nella seconda, bisogna ancora distinguere: se colui che ha commesso l'azione o l'omissione contravvenzionale, (a parte il risultato dannoso all'interesse dello Stato nella sua attività amministrativa, proprio della contravvenzione, la volontà del quale si presume *iuris tantum* dalla legge) ha, oppure non ha, *voluto* il *risultato* dannoso o pericoloso *proprio del delitto*. Nel primo caso, ove la volontà di questo risultato si provi, accanto alla contravvenzione, sorge un *delitto doloso* (*dolo di danno o dolo di pericolo*). Nel secondo caso, se si tratta di un *delitto di pericolo*, non sorge alcun delitto, ma resta la semplice contravvenzione; se si tratta di un *delitto di danno* si ha, accanto alla contravvenzione, un *delitto colposo.*

114. Il passaggio *da contravvenzione a delitto* è, dunque, possibile. Ma non meno possibile, come avvertiva testè una parte autorevole, per quanto quantitativamente non rilevante, della nostra dottrina e giurisprudenza (188), è il *passaggio* inverso *da delitto a contravvenzione*. Invero i beni o interessi giuridici, individuali o

---

(188) Cfr. Stoppato, *L'azione civile nascente da contravvenzione*, in " Temi ", XXVIII (1902), p. 272; *Ancora su l'azione civile nascente da contravvenzione*, *ibidem*, p. 847; Carnevale, *La lesione dei beni giuridici nelle contravvenzioni*, in " Giustizia penale ", anno XII (1906), p. 14 dell'estratto. Nella giurisprudenza, vedi, ad es.: Cass. 27 novembre 1905 nella " Rivista penale ", vol. LVIII, p. 534.

collettivi, alla cui conservazione mira l'attività amministrativa dello Stato così detta *giuridica*, possono essere tutelati o dal diritto penale *non contravvenzionale*, o dagli altri rami del diritto. Nel primo caso, la lesione o minaccia di essi, in quanto è vietata sotto una sanzione penale (pene dei delitti, art. 11 c. p.), è un *delitto* in senso penale: nel secondo caso, la lesione (non mai la minaccia) di essi, in quanto è vietata sotto sanzioni diverse dalla sanzione penale, è un fatto illecito diverso dal delitto penale, come pure dalla contravvenzione, cioè non è un reato, ma un altro torto giuridico privato o pubblico, p. e.: un delitto o un quasi delitto civile (articolo 1151 e s., c. civ.). Ora può ben darsi che una azione o omissione la quale, ove producesse un determinato risultato sarebbe una lesione (danno) o una minaccia (pericolo) di un bene o interesse tutelato dal diritto penale non contravvenzionale, cioè a dire, un *delitto* (penale), produca, invece, un determinato altro risultato, *a quello anteriore, lesivo* di un bene o interesse tutelato, bensì, da altri rami del diritto, ma da altri rami del diritto diversi dal diritto penale (non contravvenzionale), sia cioè un fatto illecito che non è un delitto, in senso penale, ma un altro torto giuridico, p. e., un delitto o quasi delitto civile. In tal caso, vien meno il delitto (penale) *per deficienza di uno degli elementi di fatto che lo costituiscono* (mancanza del risultato necessario alla perfezione giuridica del delitto), e resta un fatto lesivo di un bene giuridico (dannoso) che non solo è illecito dal punto di vista di altre norme giuridiche che non sono penali (p. e., un delitto o quasi delitto civile), ma che può essere, anzi *è*, per ipotesi, *anche una offesa dell' interesse che lo Stato ha di prevenire, mediante la sua attività amministrativa, danni e pericoli ai beni giuridici in generale*, cioè: una *contravvenzione*. Si dice allora che vi è *passaggio da delitto a contravvenzione*. Così l'*oltraggio al pudore*, delitto (art. 338, c. p.), può mutarsi in semplice *atto contrario alla decenza pubblica*, contravvenzione (articolo 490 c. p.), allorchè l'azione (estrinsecazione di volontà) che lo costituisce, produca, non già un risultato (*ulteriore*) *offensivo del pudore privato o pubblico*, ma un risultato (*anteriore*) *offensivo soltanto della pubblica decenza* (= decoro pubblico, convenienza sociale, rispetto verso il pubblico), che è un bene, bensì giuridicamente tutelato, ma la cui offesa non costituisce un delitto, in senso penale (il delitto di oltraggio al pudore non può, però, mutarsi nella contravvenzione di atti contrari alla decenza pubblica per ciò

soltanto che ad esso venga meno l'elemento del dolo) (189). Così il delitto di ingiuria (art. 395 c. p.) può convertirsi in semplice disturbo della quiete privata (art. 458 c. p.) allorchè l'azione che lo costituisce produca, non già un risultato offensivo dell'onore (onore soggettivo, *dignitas*) o della riputazione (onore oggettivo, stima, fama, considerazione), ma, invece, un risultato offensivo soltanto della *quiete privata*, che è un bene diverso dall'onore, anch'esso giuridicamente tutelato (mediante l'art. 1151 cod. civ.), ma la cui offesa non costituisce un delitto nel senso penale. E così via.

115. A proposito delle contravvenzioni, un'ultima considerazione è da farsi. Si è detto che i delitti possono ridursi tutti a due grandi categorie, che sono i *delitti di danno* e i *delitti di pericolo* (*retro* n. 104 e 105). Questa distinzione può estendersi a tutti i reati (delitti e contravvenzioni) e si può dire, allora, che i reati in generale si distinguono in *reati di danno* (o di lesione) e *reati di pericolo* (o di minaccia). Distinti, in tal modo, i reati, non vi è dubbio che le contravvenzioni prendano posto nella prima categoria: essi sono *reati di danno* o *di lesione* perchè sacrificano o restringono sempre *l'interesse dello Stato nella sua attività ammini-*

(189) Così, invece: Cass. 27 novembre 1905, "Rivista penale", LVIII, 534, precitata: v. anche CARNEVALE, op. cit., l. c. (alla nota precedente). Il passaggio da oltraggio al pudore (delitto) ad atto contrario alla decenza pubblica (contravvenzione) in tanto si ammette, dalla sentenza citata, in quanto si ritiene che oltraggio al pudore ed atto contrario alla decenza pubblica *non siano*, in realtà, *azioni materialmente diverse* e che la differenza fra di essi sia solo in ciò; che nell'uno concorre il *dolo*, e nell'altro, no, che uno è una azione *dolosa* e l'altro una azione *colposa*. I due reati non diversificherebbero, dunque, fra di loro se non per riguardo all'elemento soggettivo (dolo e colpa), non già per riguardo all'elemento oggettivo (azione e danno o pericolo di danno). Ciò equivale a dire che, in realtà, oltraggio al pudore e atto contrario alla decenza pubblica *non sono reati diversi*, ma sono, invece, *lo stesso reato*. Ma perchè, allora, la legge li avrebbe distintamente previsti, vietati, e puniti? Perchè avrebbe chiamato l'uno delitto, e l'altro contravvenzione? Evidentemente l'opinione in questione non serve a spiegare la legge. Che la distinzione fra i due reati in parola possa presentare e presenti difficoltà talora non lievi, per la difficoltà di distinguere specialmente il pudore pubblico o il buon costume (art. 338 cod. pen.) dalla decenza pubblica (art. 490 cod. pen.), è un'altra questione. Ciò si può ammettere, e anzi, si ammette. Ma ciò non vuol dire che fra i due reati nessuna distinzione obiettiva vi sia.

strativa (non già perchè eventualmente, e del resto eccezionalmente, sacrifichino o restringano un altro interesse individuale o collettivo diverso dall'interesse amministrativo dello Stato). Non sono *reati di pericolo*, come invece tradizionalmente si ritiene. La *possibilità del pericolo* (il pericolo *eventuale* e *futuro*), a beni o interessi diversi dall' interesse dello Stato (in quanto esercita la sua attività amministrativa) non accompagna, infatti, sempre nè tutte le contravvenzioni (non accompagna, cioè, le contravvenzioni che si contrappongono all'attività amministrativa così detta *sociale*, da cui non deriva altro se non una mancanza di utilità, un *lucrum cessans*), ma solo alcune (contravvenzioni che si oppongono all'attività amministrativa *giuridica*). E quanto al *pericolo effettivo*, alla *concreta minaccia* di questi beni o interessi, diversi dall' interesse statuale relativo alla amministrazione, esso *normalmente*, *ordinariamente, di regola* non accompagna le contravvenzioni (neppure quelle avverse all'attività amministrativa giuridica) ma può solo eccezionalmente andare unito a taluna di esse, come eccezionalmente vi può andare unito un danno effettivo ai beni e interessi medesimi. Nemmeno è perciò esatto il dire che le contravvenzioni sono *reati formali* (190). Reati *formali*, nel senso di reati che consistono in una pura manifestazione di volontà, positiva (azione) o negativa (omissione) non accompagnata da alcun risultato o effetto o evento (modificazione del mondo esteriore), lo si è già detto, non possono esistere (*retro*, n. 103). Ogni reato, e così anche la contravvenzione, produce sempre un risultato, un effetto: e questo, nelle contravvenzioni, è appunto il risultato o effetto dannoso all'interesse che lo Stato soddisfa mediante l'esercizio della sua attività amministrativa.

116. Se le contravvenzioni sono sempre reati contro un *interesse dello Stato* (Stato, amministrazione) e sono sempre reati di danno (danno pubblico — diretto e immediato — dello Stato), i delitti, viceversa, siano essi di danno o di pericolo, possono, generalmente considerati, essere diretti o contro *beni o interessi individuali* ovvero contro *beni o interessi sociali*. I primi sogliono chiamarsi *delitti individuali*: i secondi, *delitti sociali*. I delitti contro

---

(190) Impallomeni, *Istituzioni di dir. pen.*, Torino. 1908, p. 87.

beni e interessi individuali possono essere *delitti di danno* o *di lesione*, se effettivamente restringono o sacrificano un bene e interesse individuale (p. e., l'omicidio, la lesione personale, la truffa, l'appropriazione indebita, il danneggiamento, ecc.), e possono essere *delitti di pericolo* o *di minaccia*, se hanno soltanto la potenza o attitudine di sacrificare o limitare un bene e interesse individuale (p. e., l'ingiuria, la diffamazione, l'abbandono di persona incapace, la minaccia, ecc.). Ugualmente i delitti contro i beni e interessi sociali possono essere delitti di danno o di lesione, se sacrificano o limitano effettivamente un bene o interesse sociale (così, in genere, i delitti contro la pubblica amministrazione, contro l'amministrazione della giustizia, ecc.; i delitti contro l'ordine pubblico, la fede pubblica, ecc.) e *delitti di pericolo o di minaccia* se hanno soltanto la potenza o attitudine di sacrificare o restringere un bene o interesse sociale (così, p. e., i delitti contro la *sicurezza* dello Stato). S'intende che ciò che rispetto a un interesse *individuale* è un *danno*, può essere benissimo un *pericolo* rispetto a un interesse *sociale*; e, viceversa, ciò che rispetto a un interesse *individuale* è un *pericolo*, può essere benissimo un *danno* rispetto a un interesse *sociale* (p. e., i c. d. delitti di comune pericolo sono pericoli rispetto agli interessi di ciascun singolo, ma sono lesioni rispetto all'interesse della società (incolumità pubblica)). Tanto più è possibile che il danno ad un interesse individuale costituisca, al tempo stesso, anche un danno a un interesse sociale e che un pericolo per un interesse individuale costituisca, al tempo stesso, un pericolo per l'interesse sociale. Viceversa, un danno o un pericolo di danno a un interesse sociale non è concepibile senza un danno o un pericolo effettivo o la possibilità di un pericolo per un interesse individuale o, quanto meno, senza una mancanza di utilità per un individuo: la società è, infatti, composta di individui, e l'interesse sociale non è che la somma o la risultante degli interessi individuali. Il danno o il pericolo sociale *prevale* in ogni caso al danno o al pericolo individuale e dà al delitto, nel quale si riscontra ad un tempo l'uno e l'altro, il carattere di delitto *sociale* (così, ad es.: nel falso privato, nell'oltraggio, nel duello e via dicendo). — Degli interessi individuali poi ve ne sono alcuni di cui non può esser soggetto che l'uomo, la persona fisica, altri di cui può esser soggetto anche una collettività o società o associazione di uomini (ente collettivo) giuridicamente non personificata (associazione priva

di personalità giuridica, famiglia, chiesa), o personificata (persona giuridica di diritto privato (corporazioni), o pubblica (Stato, Comune, Provincia, ecc.). Appartengono ai primi, p. e., la vita, la sanità del corpo e dello spirito, la libertà personale strettamente detta. Appartengono ai secondi tutti gli interessi economici o patrimoniali, ma anche l'onore e la libertà non relativa all'esplicazione della personalità fisica umana. Così pure degli interessi sociali, se normalmente è soggetto la società giuridicamente personificata (Stato, nazionale o straniero) o non personificata (collettività di cittadini, pubblico, cittadini *uti universi*, non *uti singuli*, in contrapposto allo Stato e al singolo cittadino; e anche società degli Stati o comunità internazionale), — può tuttavia esser soggetto anche il singolo individuo (così nei diritti pubblici soggettivi individuali). I delitti dunque, e anzi, generalizzando, si può dire, i reati, possono essere diretti: *a)* contro una persona fisica, un uomo (individuo, in senso proprio); *b)* contro una collettività o associazione di uomini giuridicamente non personificata; *c)* contro una persona giuridica (privata o pubblica).

§ 3. — *Il danno e il pericolo mediato o indiretto risultante dal reato.*

117. Il *danno* e il *pericolo, mediato o indiretto*, risultante dal reato. Sua distinzione dal danno e dal pericolo *immediato o diretto*. — 118. Dal reato deriva *indirettamente* non soltanto un *danno sociale*, ma anche un *pericolo sociale*. — 119. *a) Danno sociale, mediato o indiretto, risultante dal reato.* Sua nozione. Suo rapporto col danno e col pericolo immediato o diretto. Esso non è proprio soltanto del reato, ma di ogni torto giuridico. — 120. *b) Pericolo sociale, mediato o indiretto, risultante dal reato.* Sua nozione. Il singolo reato e la *delinquenza* o *criminalità* come fenomeno sociale generale. Come dal singolo reato già commesso derivi psicologicamente, quale effetto indiretto, il pericolo di nuovi reati. Gli effetti *psicologici* del reato: molteplicità e proteiformità loro; impossibilità di una analisi scientifica rigorosa di essi. — 121. Tre distinti aspetti del pericolo criminale: *a)* pericolo di nuovi reati da parte del reo (pericolo di *recidiva* o di *abitualità criminosa*); *b)* pericolo di nuovi reati da parte della vittima e dei suoi appartenenti (pericolo di *vendette* criminali private); *c)* pericolo di nuovi reati da parte dei terzi estranei al reato, cioè di tutti i cittadini in generale (pericolo del *contagio* criminale, pericolo di pubbliche *rappresaglie*). — 122. Il pericolo di nuovi reati derivante psicologicamente dal reato già commesso è pericolo di qualsiasi reato da parte di qualsiasi cittadino. *Pericolo sociale* e *offesa della sicurezza sociale* sono concetti correlativi. Non così *pericolo sociale* e *turbamento della opinione della sicurezza sociale*; distinzione e rapporti fra il *pericolo sociale* e il *giudizio su l'esistenza del pericolo sociale*. — 123. *Pericolo sociale* e *allarme sociale*: loro distinzione: loro rapporti. — 124. Incomplete formulazioni del concetto del pericolo sociale. La *disapprovazione* non è un effetto psicologico caratteristico del reato. — 125. Il *pericolo sociale mediato* è il prodotto dell'elemento *obiettivo* e dell'elemento *subiettivo* del reato insieme combinati. — 126. *Importanza reale o causale e importanza sistematica del reato.* Importanza siste-

matica *generale* e importanza sintomatica *speciale* del reato. — 127. *a)* Importanza sintomatica *speciale* (o individuale) del reato. Suo concetto. I *sintomi* della personalità del reo. — 128. *b)* Importanza sintomatica *generale* (o sociale) del reato. Suo concetto. La statistica criminale e il suo valore sintomatico generale. — 129. *Concezione realistica o causale e concezione sintomatica* del reato. Loro antitesi. Loro impossibile coordinazione. Riduzione e subordinazione dell'importanza sintomatica (speciale) alla importanza realistica o causale del reato. — 130. *Reato e torto civile.* Le varie teorie su la *distinzione fra il reato e il torto civile*: loro esposizione e valutazione critica. — 131. Teoria che nega la possibilità di qualsiasi distinzione o ammette una distinzione puramente *quantitativa*. Sua critica: impossibilità di conciliare l'indistinta unità del torto giuridico con la diversità delle sue conseguenze giuridiche, in ispecie della pena e del risarcimento del danno. Il comune carattere di *torti giuridici (genus proximum)* non toglie la possibilità di una *differentia specifica* fra reato e torto civile. — 132. Nostra opinione. Caratteri *comuni* e caratteri *differenziali* del reato e del torto civile: differenze *formali* fra l'uno e l'altro (diversità dell'oggetto e della conseguenza giuridica della violazione); differenza *sostanziale* fra l'uno e l'altro (esistenza o inesistenza del *pericolo sociale mediato*). Obiezioni mosse a questo criterio e loro confutazione. — 133. Casi di esistenza e casi di inesistenza del pericolo sociale. — 134. Reato e fatto dannoso del giuridicamente (penalmente) incapace (minore, pazzo). Loro caratteri comuni e loro differenze. — 135. Il giudizio su l'esistenza del pericolo sociale: *a)* individuale; *b)* collettivo. La riserva al potere legislativo dello Stato della valutazione del pericolo sociale nascente da un certo tipo di fatti (reati). I poteri del giudice nella valutazione del pericolo sociale.

117. Dal reato non deriva soltanto un danno, ovvero un pericolo, immediato e diretto, ma anche un *danno mediato* o *indiretto* e insieme un *pericolo mediato* o *indiretto*. Questo *danno* e questo *pericolo* — la particolare nozione dei quali non si allontana dalle nozioni del danno e del pericolo in genere, quali furono da noi innanzi stabilite (Capo IV, § 1) — si dicono *indiretti* o *mediati* in antitesi all'altro danno, ovvero all'altro pericolo, che deriva direttamente e immediatamente dal reato e il cui concetto fu pure da noi precedentemente determinato (Capo IV, § 2). Rispetto al danno o al pericolo immediato e diretto, il danno e il pericolo mediati o indiretti si rappresentano infatti, sempre: 1° come effetti o risultati *ulteriori* dell'azione, cioè come un ulteriore danno e un ulteriore pericolo; 2° come un danno e un pericolo che colpiscono un soggetto solo attraverso un altro danno o un altro pericolo proprio di un altro soggetto, e quindi *di riflesso*, per *contraccolpo*, *di rimbalzo* (per ciò il danno e il pericolo mediati o indiretti possono anche chiamarsi *riflessi*) (191); 3° come un danno e un pericolo

---

(191) Così il CARRARA, *Programma*, parte generale, vol. I, §§ 102, 104, 118. È da avvertire una volta per sempre che il CARRARA, e il CARMIGNANI, chiamano *danno mediato* (o sociale) quello a cui noi diamo il nome di *pericolo sociale mediato*.

che colpiscono un soggetto (società, Stato) che è normalmente diverso dal soggetto (soggetto passivo del reato) direttamente e immediatamente leso o minacciato dall'azione (così nei reati contro l'individuo o la famiglia), quantunque non sia escluso che possa con esso coincidere (così nei reati contro la società e lo Stato): cioè come un danno e un pericolo sempre di carattere *sociale* e *generale*, non mai *individuale* e *particolare* (192); 4° come un danno e un pericolo di danno di natura sempre *psichica* o *morale*, non mai *fisica* e *materiale*, e tanto meno *economica* (193) (mentre il danno o il pericolo di danno immediato o diretto può essere di natura fisica o morale, e anche *economica* o *patrimoniale*). Da ciò si vede:

a) che il danno e il pericolo mediati o indiretti risultanti dal reato sono anch'essi modificazioni, cioè, mutamenti, che si verificano nella realtà, ma che non cadono sulle cose, e neppure sugli uomini nella loro esistenza fisica (materiale, corporale), ma sugli uomini nella loro esistenza psichica (o morale): sono modificazioni del mondo psichico o della realtà psicologica;

b) che essi non colpiscono mai un solo individuo, ma sempre la collettività degli individui componenti la *società* e lo *Stato*, e sono, perciò, l'uno un *danno*, l'altro un *pericolo di danno sociale*.

118. Si suol generalmente parlare soltanto di un "*danno*" (e non già anche di un "*pericolo*") *sociale* derivante *mediatamente* o *indirettamente* dal reato (194). Ma questo concetto è un concetto

---

(192) Cfr. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale*, Malta, 1854, § 122; CARRARA, *Programma*, parte generale, vol, I, §§ 117, 118 e specialmente 120; CANONICO, *Del reato e della pena*, Torino, 1872, pp. 80-82.

(193) Anche il CARRARA, *Programma*, parte gen., vol. I, § 102 e nota, riconosce la natura ineccepibilmente *morale* del *danno mediato*, ma si rifiuta giustamente di dare ad esso il nome di *danno morale* "perchè ciò in ragione dell'antitesi può ingenerare l'idea che il danno immediato si debba dire danno *fisico*, il che sarebbe erroneo" (Vedi però § 56). Invece il ROSSI, *Traité de droit pénal*, Bruxelles, 1853, livre II, chap. VIII, p. 187 e segg., dà appunto al danno immediato, la denominazione di *male materiale*, mentre altri scrittori chiamano il danno mediato, col nome di *danno morale* e lo contrappongono al danno immediato, col nome di *danno materiale* (così CANONICO, *Del reato e della pena*, Torino, 1872, p. 73). Per la critica di questa nomenclatura, che nasconde veri e proprî errori di concetto, vedi lo stesso CARRARA, op. cit., l. c. in nota.

(194) Così, ad es., CARMIGNANI, *Elementi*, §§ 122, 124, 125 e segg.; CARRARA, *Programma*, p. g., vol. I, §§ 102, 104, 118 e segg.; CANONICO, *Del reato e della*

incompleto. Dal reato deriva, invece, indirettamente, non soltanto un *danno sociale*, ma anche, al tempo stesso, un *pericolo sociale.* Quello che va sotto il nome di *danno sociale mediato* (o indiretto) *del reato* (cioè secondo il CARMIGNANI e il CARRARA l'allarme che per la consumazione del reato sorge nei cittadini probi e osservanti della legge e il cattivo esempio che se ne suscita nei mali inclinati) non è, anzi, chi ben consideri, se non un *mediato* o *indiretto pericolo sociale*: o meglio: è una parte di quegli effetti psico-sociali dal cui insieme risulta il *pericolo sociale mediato*; mentre tutt'altra cosa è, come vedremo, il danno sociale mediato o indiretto del reato. Danno sociale mediato e pericolo sociale mediato non si escludono l'uno con l'altro, nel senso che dove è danno sociale indiretto, ivi non è pericolo sociale indiretto e viceversa; ma coesistono, invece, l'uno accanto all'altro e sono ambedue, ad un tempo, effetti, bensì indiretti, ma necessari ed inevitabili del reato stesso; proprio al contrario di ciò che abbiamo veduto avvenire rispetto al *danno* e al *pericolo diretto* o *immediato*, dei quali, l'uno si riscontra in certi reati (*reati di danno*) e l'altro, in certi altri (*reati di pericolo*) (V. retro, cap. IV, § 2).

Ma che cosa è il *danno sociale* mediato o indiretto e che cosa il pericolo sociale mediato o indiretto risultante dal reato? Analizziamoli distintamente.

119. *a) Danno sociale, mediato o indiretto, risultante dal reato.* Ogni reato è — si è detto — *lesione* o *minaccia* di un *bene* o di un *interesse giuridico*, perchè protetto dal diritto penale (danno o pericolo di danno diretto o immediato). Ma il diritto, in tutte le sue parti, e sopra tutto poi il diritto penale, è sempre l'espressione di un *interesse sociale*, l'*interesse*, cioè, *dello Stato* alla tutela

---

pena, p. 73 e segg., 80 e segg.; PAOLI, *Nozioni elem. di dir. pen.*, Genova, 1871, p. 83 (v. però p. 17: azione... dannosa o *pericolosa* alla sicurezza dei cittadini); ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, Paris, 1863, vol. I, nn. 192-195 (dove però si parla anche d'un *danger de la société*) e in genere la *communis opinio.* Si deve sopratutto allo JHERING, *Der Zweck im Recht*, vol. I, 3° ed., Leipzig, 1893, p. 441, nella sua famosa definizione del reato, più volte ricordata, di aver messo in onore il concetto del *pericolo sociale*, il quale però non esclude, secondo a noi pare, il concetto di un danno sociale (mediato) da esso distinto, ma ad esso parallelo.

(protezione, garanzia) degli interessi e beni propri dei singoli e della stessa collettività giuridicamente personificata (Stato) o non personificata (società); interesse *secondario* (mediato, indiretto, riflesso) appunto perchè relativo *alla tutela* di altri beni e interessi che possono dirsi, in suo confronto, *primari* (immediati, diretti). Il reato dunque, in quanto lede o minaccia direttamente un particolare bene e interesse dell'individuo, della famiglia, della società, dello Stato o della società degli Stati — bene e interesse che è giuridico in quanto è protetto dal diritto penale — è non solo la violazione del comando o del divieto del diritto penale che quel bene e interesse protegge, ma è al tempo stesso, e per ciò stesso, altresì l'offesa dell'*interesse dello Stato*, espresso nel diritto penale obiettivo, *alla tutela* del particolar bene o interesse, individuale o collettivo, che è direttamente leso o minacciato dal reato (195). Così l'omicidio (art. 364 c. p.) lede direttamente il bene e interesse giuridico della vita, e indirettamente offende l'interesse dello Stato alla tutela della vita di tutti i cittadini in generale, e anche di quel particolare cittadino che è rimasto ucciso. Il furto (articolo 402 c. p.) lede direttamente lo *ius possidendi* (interesse o bene tutelato in forma di diritto soggettivo) e indirettamente l'interesse dello Stato alla tutela del possesso di tutti i cittadini, e anche del particolare cittadino che fu derubato. L'ingiuria (art. 395 c. p.) minaccia direttamente il bene o interesse giuridico dell'onore e lede indirettamente l'interesse dello Stato alla protezione dell'onore dei singoli e anche di colui che fu vittima dell'ingiuria. E via dicendo (196).

---

(195) Esattamente osserva perciò l'ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, t. I, nº 546, p. 214. " ..... Si l'on veut bien se rappeler que le droit de s'immiscer dans la punition des actes contraires à la loi du juste n'existe pour un État que lorsqu'il y a pour lui de la conservation ou du bien être social; si l'on veut bien se reporter à l'analyse que nous avons faite des préjudices sociaux les plus notables qui résultent même des délits contre les particuliers, on en déduira cette vérité, féconde en applications ultérieures, que dans tout délit, quel qu'en soit le sujet passif direct, la société ou, en d'autres termes, la nation, l'État, qui a le droit de punir, est toujours, lui même, partie lésée ".

(196) In senso, in fondo non diverso, osserva esemplificando il MERKEL, *Juristische Encyclopädie*, Berlin, 1904, § 271, pp. 111-112: " Die Beleidigung (verletzt) unmittelbar das in der Form eines subjecktiven Rechts geschützte

L'interesse dello Stato alla tutela dei beni e interessi individuali e collettivi, appunto perchè ha carattere *secondario* rispetto a questi ultimi, varia naturalmente col variare di questi e si determina soltanto col determinarsi del bene e interesse a cui esso si riferisce (vita, patrimonio, onore, ecc.). Per conseguenza, anche il *danno sociale indiretto* o *mediato* varia col variare del *danno* o del *pericolo diretto* e *immediato* derivante dal reato e assume un aspetto determinato solo in relazione alla lesione o alla minaccia di un dato bene e interesse giuridico, individuale o collettivo, solo, cioè, in relazione ad una data specie di reato. Ma come, non ostante il variare del bene e interesse a cui si riferisce, resta tuttavia unico ed identico il concetto dell'interesse dello Stato, come *interesse alla tutela giuridica dei beni e interessi individuali e collettivi*, così, non ostante il variare della lesione o minaccia contenuta nel reato, e quindi non ostante il variare della specie delittuosa, resta unico ed identico il concetto del *danno sociale mediato o indiretto, come restrizione o sacrificio dell'interesse dello Stato alla tutela dei beni e interessi individuali e collettivi*. L'interesse alla tutela giuridica penale di un determinato bene e interesse dell'individuo o della collettività, in tanto, però, esiste, in quanto la *tutela* di questo bene e interesse, offeso dal singolo reato, costituisce una *condizione di esistenza* della stessa società giuridicamente organizzata (Stato). In altri termini, perchè lo Stato abbia interesse a tutelare, mediante norme di diritto penale, un dato bene e interesse del singolo o della società, occorre che questo bene e interesse sia dallo Stato riconosciuto come bene e interesse *suo*, in quanto coincide con l'*interesse dello Stato al mantenimento delle condizioni della propria esistenza*. Ma poichè il diritto in genere, e anche il diritto

---

Interesse der Ehre. Dieses bildet den nächsten Angriffsgegenstand, auf welchen der Begriff dieser Art von Rechtsverletzung hinweist. Mittelbar verletzen dieselben das Interesse an dem Bestande des bürgerlichen Friedens. So verlezt der Ehebruch unmittelbar das Interesse des beleidigten Ehegatten an der Treue des anderen Teils, mittelbar das gesellschaftliche Interesse an der Kraft des ehelichen Bandes; der Betrug unmittelbar das Vermogensinteresse des Betrogenen, mittelbar das öffentliche Interesse an Treue und Glauben im Verkehre; der Mord unmittelbar das Lebensinteresse des Angegriffenen, mittelbar die Interessen der Angehörigen desselben, sowie das öffentliche Interesse an der Sicherheit von Leib und Leben „.

penale, altro appunto non è se non, come dice lo JHERING, " l'assicurazione delle condizioni di esistenza della società „ (197), la *coincidenza* fra l'interesse tutelato e l'interesse dello Stato che tutela, vi è, sempre che esiste una norma di diritto penale obiettivo che quel primo interesse protegge: l'esistenza stessa di un divieto, penalmente sanzionato, di ledere o porre in pericolo un bene e interesse, individuale o collettivo, attesta, in altri termini, l'esistenza dell'interesse dello Stato alla tutela giuridica penale del bene e interesse medesimo, senza che occorra dimostrare nei singoli casi la presenza di un tale interesse statuale. Il *danno sociale indiretto* o *mediato* è, pertanto, l'*offesa* di una *condizione di esistenza* dello Stato, la quale sorge col semplice fatto della violazione del precetto penalmente sanzionato, epperò col fatto stesso del verificarsi di una azione o omissione, contraria a quel precetto, la quale lede o minaccia il bene e interesse particolarmente da esso tutelato. Il *danno sociale indiretto* o *mediato* vi è dunque sempre che vi è un *danno* o *pericolo*, *individuale* o *sociale*, *diretto e immediato*. L'uno segue, anzi, così da vicino le sorti dell'altro, che assume natura diversa a seconda della diversa natura di questo. Così se il danno immediato o diretto, derivante da un reato, è un danno *di natura irreparabile* (per esempio: la perdita della vita di un uomo, nell'omicidio), *irreparabile* è anche il *danno sociale mediato* o *indiretto* come offesa dell'interesse alla tutela della vita, non dirò di tutti i cittadini in genere, ma certo di quel particolare e determinato cittadino di cui si è verificata la morte.

Il danno sociale mediato, come offesa dell'interesse dello Stato alla tutela dei beni e interessi individuali o collettivi, propri dei singoli soggetti passivi del reato e — in definitiva — come offesa dell'interesse dello Stato alla difesa delle condizioni della propria esistenza, è, come ben s'intende, un vero e proprio *danno* (danno *sociale* e *politico*); un danno *effettivo*, non già un danno meramente *possibile*, cioè un pericolo (pericolo sociale). Questo danno non si riscontra soltanto in quel particolare fatto illecito o torto giuridico, cui si dà il nome di reato (torto punibile), ma, sia pure in proporzioni e gradazioni differenti, in ogni fatto illecito o in ogni torto giuridico (non punibile) di diritto privato o di diritto

(197) JHERING, *Zweck im Recht*, Leipzig, 1893, 3ª ed., p. 443.

pubblico. Se, in vero, il diritto in genere, e non soltanto il diritto penale, è assicurazione, da parte dello Stato, del complesso delle condizioni fondamentali e indispensabili della vita in comune, se esso perciò, come dice il MERKEL, non ha, in nessuna delle sue parti, il carattere di un privato istituto (198) e se ogni fatto illecito o torto giuridico, privato o pubblico, anche non avente carattere penale, è la violazione di una norma giuridica, è evidente che ogni fatto illecito o torto giuridico, anche civile o privato, in quanto è violazione del diritto obiettivo (e non soltanto di un diritto soggettivo) è sempre anche e indirettamente l'offesa dell'interesse sociale o collettivo e anzi pubblico, perchè proprio dello Stato, espresso nella norma di diritto obiettivo da esso violata; epperò produce un *danno sociale* o *pubblico mediato o indiretto*. In questo senso non soltanto il reato è, come da taluni si è detto, una *azione antisociale*; ma è una azione antisociale ogni fatto illecito o torto giuridico, anche non avente il carattere di *torto punibile*, cioè, di *reato* (199).

120. *b) Pericolo sociale, mediato o indiretto, risultante dal reato.* Dal reato non deriva soltanto un *danno mediato* o *indiretto*, nel senso che si è fin qui precisato, ma deriva anche, come si è detto,

(198) MERKEL, *Lehrbuch des deutsch. Strafr.*, Stuttgart, 1889, § 5, p. 13: " Wenn es — così egli esemplifica — dem A in einen Streite mit dem B zum Besitze einer bestimmten Sache verhilft, so geschieht dies nicht, weil A etwa ein besonders grosses Interesse an diesen Besitze hat, oder weil es für das Recht an sich erheblich wäre, ob A oder B sich dieses Besitzes erfreuen könne, sondern weil die Umstände, unter welchen und auf Grund deren A die gerichtliche Hilfe für sein Begehren in Anspruch nimmt und die Grundsätze deren Anwendung dabei in Frage kommt, einen Zusammenhang zwischen seinen Privatinteressen und den allgemeinen Interessen an der Ordnung und Sicherheit des Verkehrs und dem Bestande des öffentlichen Friedens erkennen lassen ". Vedi anche p. 10. Così pure FINGER, *Rechtsgut oder rechtlich geschütztes Interesse*, *Gerichtssaal*, XL (1888), p. 14, conclude che il diritto regola sempre i rapporti sociali dal punto di vista della collettività e che ogni trasgressione di norma giuridica offende la comunità, il suo interesse: e nello stesso senso: THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878, p. 110; BINDING, *Die Normen u. ihre Uebertretung*, Bd I, Leipzig, 1890, § 51, p. 357.

(199) Anche lo JANKA, *Das österreichische Strafrecht*, 2ª ed., Wien, 1902, § 26, p. 43 osserva: " Ein jedes Unrecht ist in gewissem Grade *gemeinschädlich* ".

un *pericolo sociale*, mediato o indiretto, da esso ben distinto e diverso. Questo mediato e indiretto pericolo sociale risultante dal reato, non è che la possibilità di nuovi reati nell'avvenire, la futura possibilità di altri reati da parte di tutti e contro tutti i cittadini, in quànto si rappresenta come un risultato del reato già avvenuto. A dir vero, *il singolo reato già commesso* non è per sè stesso, e da solo, un pericolo per l'esistenza della società organizzata. Tale è soltanto il complesso dei reati che si commettono in una data società in un dato momento storico, cioè la *delinquenza* o *criminalità*, come fenomeno sociale generale. La criminalità nel complesso delle sue cause (fisiche, sociali, individuali) che la determinano è, infatti, veramente il morbo che mina l'esistenza delle società, il pericolo contro il quale lo Stato ha da difendersi con tutti i mezzi, preventivi e repressivi, di cui dispone. Il singolo reato commesso non è più che un *caso di delinquenza*, un caso di quella malattia sociale, psicologicamente contagiosa ed epidemica, che è la criminalità come fenomeno sociale generale (200); e, come tale, se è un *sintomo* socialmente rilevante, perchè rivela, a così dire, un centro individuale di infezione sociale (cfr. n° 128), non è tuttavia più che una (e non certo la più importante) delle condizioni o cause che concorrono alla esplicazione della potenza produttiva di pericolo sociale propria della criminalità nel suo complesso. Ma è però, anch'esso, come si è detto, condizione o causa perchè si esplichi la potenza produttiva di pericolo sociale propria della criminalità, complessivamente considerata, in quanto appunto dal reato già commesso deriva, come ulteriore effetto (psicologico) di esso, il pericolo di nuovi reati.

Ma come può dal reato già commesso derivare, come effetto ulteriore, il pericolo di nuovi reati? Come può, cioè, il reato passato esser causa di reati futuri? Lo si è già detto: il pericolo di nuovi reati, in quanto deriva dal reato già commesso, non può essere che un *effetto psicologico* e particolarmente poi un effetto *psico-sociale* del reato medesimo. Il reato avvenuto è, cioè, una

(200) Cfr. da ultimo: Liszt, *Das Verbrechen als sozialpathologische Erscheinung* nelle " Strafrechtliche Aufsätze u. Vorträge ,, Berlin, 1905, Bd. II, p. 230: Kraepelin, *Das Verbrechen als soziale Krankheit* nella " Monatschrift für Kriminalpsycologie und Strafrechtsreform ,, Bd III (1906), pp. 257-279.

causa che opera *psicologicamente* sopra tutto nell' ambiente sociale (ma anche su lo stesso individuo che delinque), così da produrre in futuro il commettersi di nuovi reati.

Nè ciò può far meraviglia. Come il reato, in sè stesso, non è un fenomeno puramente meccanico e fisiologico, ma altresì e sopra tutto un fenomeno *psicologico*, così anche i suoi effetti non possono consistere puramente in modificazioni meccaniche o fisiologiche, ma possono altresì consistere, e necessariamente consistono, in modificazioni di natura *psicologica* che si producono nell'*animo*, oltre che dell'individuo che ha commesso il reato o a cui dànno il reato fu commesso, anche e specialmente degli individui, in generale, dal cui insieme risulta la società, cioè l'ambiente sociale in mezzo a cui cade il reato. Studiare, dunque, il concetto del pericolo sociale non è possibile senza rilevare gli *effetti psicologici, individuali e sociali*, che il reato produce. A dir vero, gli effetti psicologici del reato sfuggono, per loro natura, a una osservazione scientifica rigorosa (201). Essi sono, infatti, così multiformi ed innumerevoli, sono di natura così varia e complessa, così complicata e proteiforme, mutano, se non per qualità, certo per estensione, durata e intensità, col mutare di così innumerevoli fattori (l'importanza sociale del fatto e la forza di organizzazione politica e giuridica dello Stato non sono che alcuni), variano così profondamente, da Stato a Stato, da momento a momento storico, in dipendenza dei sentimenti e delle idee morali, sociali, politiche e giuridiche di un popolo e, da individuo a individuo, a seconda del temperamento, della sensibilità e moralità di ciascuno, che l'analisi scientifica di essi deve finir col confessare, più assai che la difficoltà, l'impossibilità, vera e propria, del còmpito ad essa prefisso (202).

---

(201) Anche il Brusa, *Alcune idee fondamentali sul diritto di punire*, dagli "Atti della R. Accademia delle Scienze di Torino", vol. XLI, Torino, Clausen, 1906, p. 9, riconosce "l'estrema difficoltà" di "valutare gli effetti psicologici del reato".

(202) In questo senso anche: Merkel, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889, § 8, p. 24 "Diese geistigen Wirkungen der Verbrechen sind einerseits vielartig und kompliziert.... Diese Wirkungen sind andererseits in wichtigen Richtungen nach Art, Umfang und Tragweite veränderlich"; Liepmann, *Einleitung in das Strafrecht*, Berlin, 1900, IV, § 6, pp. 80-81: "... sie

Il compito di mettere in luce gli effetti psicologici del reato resta però alquanto semplificato allorchè non si pretenda già di rilevare e descrivere *tutti* questi effetti, ma solo si intenda di mostrare, per via di esemplificazione di taluni fra i più importanti, più generali e costanti, di essi, in qual modo al reato passato si riannodi psicologicamente, come a sua causa, il reato avvenire.

121. Da questo punto di vista noi possiamo osservare, anzi tutto, che il pericolo di futuri reati, derivante dal reato già commesso, può essere: *a)* pericolo di nuovi reati da parte del reo cioè dell'autore del reato; *b)* pericolo di nuovi reati da parte della vittima o degli appartenenti alla sua famiglia, al suo gruppo sociale, al suo partito politico, alla sua confessione, ecc.; *c)* pericolo di nuovi reati da parte dei terzi estranei al reato avvenuto, cioè, di tutti i cittadini in generale.

a) pericolo di nuovi reati da parte del reo. Il reato già commesso può esser causa di futuri reati da parte dello stesso suo autore attraverso le modificazioni psicologiche che esso può operare su l'animo del reo. Anche nella coscienza del reo si mostrano, invero, gli effetti del suo fatto, cioè, del reato da lui commesso (203). La sôrta o accresciuta confidenza nell'impotenza dello Stato a prevenire, e talvolta anche a reprimere, il reato, che, aumentando la

---

(die Wirkungen strafbarer Handlungen) haben einen durchaus komplizierten und, wie erscheint, proteusartigen Charakter... variieren sie in unendlichen Graden der Extensität und Intensität; stets aber sind sie psycologischer Natur „. Per ciò non potevano a meno di riescire, come sono infatti riesciti, incompleti gli sforzi, anche recentemente tentati, di afferrare in una unica visione la proteiforme complessità degli effetti psicologici che dal reato derivano (Vedi da ultimo: V. LANZA, *L'umanesimo nel diritto penale*, Palermo, 1906, cap. II, § 4-10, pp. 31-112 e negli altri suoi scritti citati *retro*, parte I, tit. II, capo II, § 2, n° 39, nota 23, p. 154. Vedi pure *ivi* le citazioni di altri scrittori).

(203) Ciò notano di sfuggita anche il MERKEL, *Lehrbuch d. deutsch. Strafrechts*, § 8, *sub* 3, p. 24, “ in Bewusstsein des Verbrechers selbst eine Stärkung der zum Verbrechen führenden Triebfedern, eine Schwächung der Widerstandskräfte gegen Anreize zu denselben „), e il LIEPMANN, *Einleit. in das Strafrecht*, p. 81 (“ .....in der Seele *des Verbrechers* zeichen sich die Wirkungen seiner That, und zwar teils, soweit sein sittlicher Organismus lebendig geblieben ist, in der Erregungszuständen der Reue und Gewissensangst, teils in der Ertötung weiterer Hemmungsvorstellungen im Vertauen auf die Ohnmacht des Rechts „).

speranza dell'impunità e diminuendo il timore della pena, toglie ogni ulteriore ritegno e freno psicologico a delinquere; il piacere sperimentato derivante dall'avvenuto conseguimento dello scopo criminoso, la cui rappresentazione è nuovo motivo al delitto; la forza dell'abitudine che indebolisce il potere d'arresto e di inibizione contro gli impulsi sensibili che menano al delitto (forza di resistenza al crimine), mentre rinsalda, quasi seconda natura, l'inclinazione e la volontà delittuosa (204); la corruzione morale che, superate le ultime trincee della coscienza etica, salta nel campo dell'azione, e così via; sono tutti effetti psicologici del reato già commesso, che, operando su l'animo del reo, costituiscono in lui stimolo e incentivo a nuovamente delinquere, e da cui sorge *il pericolo della recidiva e dell'abitudine e professionalità criminosa* (205).

b) pericolo di nuovi reati da parte della vittima o di coloro in genere che sono, o si ritengono, in qualche modo offesi dal reato già commesso. Il reato avvenuto può esser causa di nuovi reati da parte della vittima, dei suoi congiunti o famigliari, dei suoi compagni di opinione, di sentimento, di fede, ecc., attraverso le modificazioni psicologiche che il reato commesso opera su l'animo loro (206). Il sentimento del dolore sofferto, dell'oltraggio patito,

---

(204) Notava già Aristotile che " gli atti ripetuti, di qualunque genere essi siano, imprimono agli uomini caratteri che corrispondono agli atti stessi ". Ed è poi notissimo il detto che l'abitudine è una seconda natura dell'uomo. Per la definizione del concetto psicologico dell'abitudine e in ispecie dell'abitudine criminosa, si veda: Bozi, *Bekämpfung des Gewohnheitsverbrechens*, Berlin, 1895; Sacker, *Der Rückfall*, Berlin, 1890, p. 35 e segg.; Manzini, *La recidiva*, Firenze, 1899, p. 50 e segg. Per la psicologia dell'abitudine: Volkmann von Volkmar, *Lehrbuch der Psychologie*. Bd. II, 2ª Aufl., Köthen, 1885, p. 428; fra i francesi: Fouillée, *L'évolutionisme des idées-forces*, Paris, 1890, p. 199; Dumont, nella " Revue philosophique ", vol. I, p. 321.

(205) Il pericolo della recidiva come *conseguenza* del reato già commesso è avvertito anche, benchè incidentalmente, dall'Ortolan, *Éléments de droit pénal*, Paris, 1863, t. I, nº 194 (" le délit... revèle... fait naître le danger que le coupable ne commette de nouveau délits: récidives du délinquant "). Il Manzini, *La recidiva*, Firenze, 1899, p. 50, assegna esplicitamente fra le cause della recidiva (cause morali individuali) l'*abitudine criminosa* e l'*incorreggibilità* nonchè la debolezza o il difetto di volontà (p. 48 e segg.).

(206) Sulle modificazioni psicologiche che il reato commesso opera nell'animo dell'offeso e dei suoi appartenenti, si veda brevemente: Merkel, *Lehrbuch d. deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889, § 8, p. 24 (" ..... im Bewusstein der un-

del danno ricevuto (207): il timore, spesso la paura, di veder rinnovata l'offesa da parte del reo e la scemata opinione della propria sicurezza e della forza tutrice dello Stato e del diritto; il risentimento o addirittura la collera e l'ira, talvolta l'odio, l'orrore e la ripulsione verso il delinquente e coloro che gli appartengono; il naturale desiderio di vendetta che spinge a render male per male e il piacere del dolore e della sofferenza del reo; la brama di farsi ragione e giustizia da sè medesimo, e via dicendo; sono tutti effetti psicologici che il reato avvenuto genera nella coscienza di coloro che immediatamente son lesi dal reato stesso e che li determinano psicologicamente a nuovi reati che hanno per comune carattere la vendetta (*pericolo di vendette criminali private*) (208).

c) pericolo di nuovi reati da parte dei terzi estranei al reato, cioè di tutti i cittadini in generale. Il reato passato può esser causa di reati futuri anche attraverso gli effetti psicologici che esso produce nell'animo dei consociati in generale. È anzi sopra tutto nella coscienza dei terzi estranei al reato, cioè, di tutti i cittadini in

---

mittelbar Beteiligten das Gefühl erlittener Krankung, eine Minderung des Gefühls sozialer Geltung, *Furcht* von weiteren Verletzungen. Hass gegen den Verbrecher und eine mehr oder minder starkes Vergeltungsverlangen..... „); Liepmann, *Einleitung in das Strafrecht*, Berlin, 1900, p. 81 (“ Solche Straftthaten erzeugen bei dem *unmittelbar Verletzten* und seinen nächsten Angehörigen neben den Gefühlen intensiven Schmerzes und dem Trieb zu eigenmächtiger Vergeltung Erregungszustände, die sich allgemein als Gefühle gestörter Sicherheit charackterisieren lassen „).

(207) Per la psicologia del dolore, come movente di azioni umane difensive e vendicative, vedasi: Dumont, *Il piacere e il dolore*, Milano, 1878, cap. III; Bain, *L'esprit et le corps*, Paris, 1878, p. 60 e segg.; *Les émotions et la volonté*, Paris, 1885, chap. I; Ribot, *Psycologie de l'attention*, Paris, 1889, p. 166; vedasi anche: Payot, *Sensation, plaisir et douleur*, nella “ Revue Philosophique „, mai 1890; Richet, *Étude biologique sur la douleur*, nella “ Revue Scientifique „, 22 agosto 1896; Lourbet, *La douleur et l'intelligence*, ibid., 12 giugno 1897.

(208) Il desiderio (e quindi il pericolo) di vendette private viene considerato tra le conseguenze del reato avvenuto, anche da taluni moderni scrittori francesi. Si cfr.: Gauckler, *De la peine et de la fonction du droit pénal au point de vue sociologique*, negli “ Arch. d'antropologie criminelle „, sept. 1893, p. 46 e segg.; Durkeim, *De la division du travail social*, ed. 1901, p. 73 e segg.; Vidal, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 2ª ed., Paris, 1901, n° 11, p. 10, *sub* 3.

genere, che si manifestano gli effetti psicologici più gravidi di pericolo criminale. Qui vien naturale di distinguere nella massa dei consociati:

α) coloro che per cause fisiche, individuali (organiche o psichiche) e sopratutto sociali sono naturalmente proclivi a delinquere;

β) coloro che per cause fisiche, individuali e specialmente sociali, sono naturalmente avversi al delitto (209).

α) La forza psicologica dell'*imitazione* e dell'*esempio* che si sprigiona psicologicamente dal reato già commesso; l'attrattiva, la seduzione, il fascino che il reato esercita su gli animi moralmente e socialmente pervertiti, l'incoraggiamento e l'audacia che genera il successo dell'opera criminosa, e l'insuccesso preventivo, e eventualmente repressivo, dell'opera dello Stato (per cui, in confronto dei vantaggi, minori appaiono i rischi inerenti alle imprese criminali) e via dicendo; sono tutti effetti psicologici che il reato avvenuto genera nell'animo dei male inclinati e che, rafforzando i motivi e le tendenze a delinquere, determinano la possibilità di un contagio psichico, talvolta di una vera e propria epidemia psicologica criminale (pericolo del *contagio* e della *epidemia* criminale) (210).

---

(209) Questa distinzione è tradizionale nella dottrina. Cfr. già Carmignani, *Elementi di diritto criminale*, Napoli, 1854, § 128; Carrara, *Programma*, parte generale, vol. I, § 118. Essa è ripresa dai più moderni scrittori. Cfr. Schmidt (Richard), *Die Aufgaben der Strafrechtspflege*, Leipzig, 1895, p. 80 e segg.; Liepmann, *Einleitung in das Strafrecht*, pp. 81 e 203; Lucchini, *Le droit pénal et les nouvelles théories*, Paris, 1892, p. 76.

(210) Questo pericolo di contagio criminale (sotto forma di malo esempio), viene bene avvertito dai nostri antichi scrittori; v., ad es., Carmignani, *Elementi*, § 128; Carrara, *Programma*, vol. I, parte generale, § 118. Per una efficace analogia fra i fatti delittuosi e le malattie epidemiche, si veda: Lucchini, *Le droit pénal et les nouvelles théories*, Paris, 1892, p. 91. Il pericolo del contagio criminale derivante dal reato già commesso, è ben rilevato anche dall'Impallomeni, *Istituzioni di diritto penale*, Torino, 1908, p. 95, e incidentalmente dal Merkel, *Lehrbuch d. deutsch. Strafrechts*, Stuttgart, 1889, § 8, p. 24 („ im Bewusstsein von Gesinnungsgenossen des Verbrechers ein Reiz zur Befolgung des gegebenen Beispiels „); dal Liepmann, *Einleitung in das Strafrecht*, Berlin, 1900, p. 81 („ Und wie bei ihm (il reo) verstärken schiesslich gelungene und namentlich unentdeckt gebliebene Verbrechen bei den *Gesinnungsgenossen des Verbrechers* die zu gleichartigen Thaten hindrängenden Neigungen und Charakter-

β) Per contro, il timore o la paura o il terrore di ulteriori, simili e più gravi offese da parte del reo; la scemata opinione della propria sicurezza, e la sminuita fiducia nell'autorità e nella forza dello Stato e dei suoi organi, del diritto e dei mezzi di coazione giuridica (211); il rancore o l'odio, l'avversione o l'orrore, il risen-

---

dispositionen „); dall'Ortolan, *Éléments de droit pénal*, Paris, 1863, t. I, nº 196, p. 87 („...le délit fait naître... le danger que d'autres personnes ne l'imitent (le coupable); entraînement du mauvais exemple „); dal Manzini, *La recidiva*, Firenze, 1890, p. 63 e segg. — Su la legge psicologica dell'imitazione nei suoi rapporti con la produzione della criminalità, vedasi anche: Proal, *Le crime et le suicide passionnels*, chap. IX-XII; Fouillée, *La France au point de vue moral*, livre II, chap. I et II, livre III, chap. VI; e sopra tutto: Aubry, *La contagion du meurtre*, Paris, Alcan, 1887, e negli „ Actes du 2e Congrès d'Anthropologie criminelle de Paris „ (1889), p. 481 e segg.; Tarde, *Problèmes de criminalité*, in „ Archives d'Anthropologie criminelle „, juillet 1898; *Qu'est-ce que le crime*, in „ Revue Philosophique „, 1898, p. 345; *Les lois de l'imitation*, 2e ed., Paris, 1896; *La Philosophie pénale*, Lyon, 1890; Marion, *La solidarité morale*, 6a ed., Paris, 1897. Su l'imitazione, da un punto di vista puramente psicologico: Morici, *L'imitazione nella vita sociale*, Palermo, 1888.

(211) Il concetto dell'„ *allarme sociale* „ (o della diminuita opinione o dello scemato sentimento della sicurezza sociale) tiene da tempo il posto d'onore tra i concetti fondamentali della scienza nostra, tanto che da alcuni si ritenne che in esso si esaurisse la nozione del c. d. „ danno mediato o sociale „ (il nostro pericolo mediato o sociale). Cfr. il Carmignani e il Carrara nelle opere e nei luoghi citati *retro* alla nota 210, e prima ancora: Bentham, *Œuvres*, t. I, Bruxelles, 1840, p. 125 e segg. Sul sentimento di paura che si genera nella società per effetto del reato, vedasi di recente l'analisi che ne porge il Lanza, *L'umanesimo nel diritto penale*, Palermo 1906, p. 72 e segg. (v. anche: *Diritto penale italiano, Principii generali*, nº 18, p. 37). Vedasi pure anteriormente: Ortolan, *Éléments de droit pénal*, t. I, nº 193, p. 87; Merkel, *Lehrbuch d. deutschen Strafrechts*, § 8, p. 24 (il quale osserva che per effetto del reato si produce nella coscienza dei cittadini: „ *Furcht vor gleichartigen Verletzungen..., Minderung des Ansehens der verletzten Normen und des Vertrauens in die Macht des Rechts* „; Liepmann, *Einleitung in das Strafrecht*, p. 81; Vidal, *Cours de droit pénal*, Paris, 1902, pp. 9-10; Lucchini, *Le droit pénal et les nouvelles théories*, pp. 58 e 76; *Elementi di procedura penale*, Firenze, 1905, nº 14, p. 18; Impallomeni, *Istituzioni di diritto penale*, Torino, 1908, p. 156 e segg. Su la psicofisiologia della paura (che il Ribot definisce: una reazione emozionale generata dalla rappresentazione viva e persistente di un dolore o di un male possibile) vi è tutta una ricca letteratura che sarebbe lungo e inopportuno indicare (Mosso, Sergi, Ribot, Bain, James, ecc.). L'istinto della paura vien generalmente ricollegato a quello della conservazione.

timento ovvero la collera e l'indignazione verso il delinquente e verso il gruppo, parte o confessione a cui egli appartiene (212); l'impulso o il desiderio, più o meno vivo e sentito, di render male per male e così via; sono tutti effetti psicologici prodotti nella coscienza dei cittadini, onesti e pacifici, dal reato già avvenuto e che costituiscono incentivo a nuovi reati sotto forma di giustizie sommarie o di reazioni brutali della folla, di cui il costume del *linciaggio* (*Linch justice*) è caratteristico esempio (pericolo di reazioni sociali, difensive e vendicative, in ispecie di pubbliche *rappresaglie*) (213).

122. La *recidiva* e il *contagio* criminale assumono solitamente l'aspetto di ripetizione dello stesso reato o di reato della stessa indole del reato avvenuto e così pure avviene delle *vendette private* e delle *pubbliche rappresaglie* criminali, ispirate, come sono, alla *legge del taglione* (214) e dominate dal principio che dantescamente

---

(212) Su questi ultimi effetti psicologici del reato che si sogliono modernamente riassumere nella parola "*risentimento*", si veda fra i più recenti: Bonucci, *L'orientazione psicologica dell'etica e della filosofia del diritto*, Perugia, 1907, pp. 333-338 (v. anche pp. 267, 269-70); Lanza, *L'umanesimo nel diritto penale*, Palermo, 1906, p. 78 e segg.; vedasi anche fra i francesi: Gauckler, *De la peine et de la fonction du droit pénal au point de vue sociologique* negli "Archives d'Anthropologie criminelle", 1893, p. 46 e segg.; Tarde, *La philosophie pénale*, Lyon, 1890, p. 497; Vidal, *Cours de droit pénal*, Paris, 1902, p. 10, e fra i tedeschi brevemente: Merkel, *Lehrbuch d. deutschen Strafrechts*, § 8, p. 24 "moralischen Unwille und Abneigung gegen *den Verbrecher*...". Su la psicologia dell'*ira* e della *collera* sono note le osservazioni scientifiche del Ribot e su quella dell'*odio* è conosciutissimo lo studio del Mantegazza; vedi anche Buonvecchiato, *Il senso morale*, Padova, 1883, p. 158 e segg.

(213) Cfr. Vidal, *Cours de droit pénal*, p. 10; Impallomeni, *Fondamento scientifico del diritto penale*, Lucca, 1899, p. 478 e *passim*. Su la legge di Linch. v. Post, *Grundriss des etnologischen Iurisprudenz*, Oldenburg und Leipzig, 1895, II, § 63.

(214) Sul taglione (ταὐτοπάθεια, talio) e la legge del taglione v. Günther, *Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts*, 2 Abteilungen Erlangen, 1889-1891 (v. specialmente I, p. 162 e segg.). Vedi anche: Mayer (S.), *Geschichte der Strafrechte*, Trier, 1876, p. 51 e segg., p. 55 e segg.

suol dirsi del *contrappasso* (215). Tuttavia il pericolo di nuovi reati nell'avvenire, in quanto deriva, come effetto psicologico, dal reato già commesso, deve concepirsi non solo come pericolo di riproduzione dello stesso reato, che è stato commesso, o di altri reati della stessa natura, ma, più genericamente, come pericolo di qualsiasi reato in generale e non soltanto da parte del reo o della vittima del reato, ma, in genere, di qualsiasi cittadino (216). Esso è, dunque, il pericolo della *delinquenza* o *criminalità* come fenomeno sociale generale, il pericolo di ogni specie di reati da parte di tutti e contro tutti. Per ciò è insito alla sua natura di essere un *pericolo sociale generale* che può colpire ogni e qualunque *bene* e *interesse* protetto dal diritto penale e offendibile da una azione delittuosa, e che colpisce poi sempre l'*interesse dello Stato alla tutela giuridica penale* dei beni ed interessi, individuali o collettivi, che cadono sotto di essa. Non a torto si è detto, perciò, dai nostri antichi scrittori che il reato offende la *sicurezza sociale* (217). Il concetto della *sicurezza sociale* è, in vero, un concetto perfettamente corrispondente a quello del *pericolo sociale*. Ciò che guardato dal punto di vista di coloro che lo producono è un *pericolo sociale*, guardato dal punto di vista di coloro che dalle altrui azioni criminose sono posti in condizione di pericolo, non è che *perdita o diminuzione della sicurezza sociale*, o, a dir meglio, dell'*interesse* di tutti i cittadini

---

(215) Sul contrappasso o contraccambio (ἀντιπεπόνθος, *repassio, retaliatio*) nell'opera di Dante: L. Filomusi-Guelfi, *Il contrappasso in Dante* nella " Rassegna quindicinale di lettere e scienze ", Modena, anno IV, p. 1 e segg.

(216) Cfr. Romagnosi, *Genesi del diritto penale*, vol. I, Milano, 1840, §§ 248, 250, 254, 260, 261, 280 e specialmente 281 (" chiedete adunque nel diritto penale quale sia l'*offensore?* „ Il futuro malvagio. Quale *male* egli rechi o tenti? Egli minaccia " *ogni sorta di danno e di delitti* „. Contro *chi* ovvero qual sia la persona che è in *pericolo?* La Società „), § 329 (" all'esistenza e all'esercizio dell'atto penale richiedesi sempre almeno due atti ingiusti nocivi o sia due *delitti* uno *in passato* l'altro *nell'avvenire*, l'uno commesso dal puniendo, l'altro *da commettersi dai malvagi o dal reo stesso contemplato nell'avvenire* „; v. pure: Ortolan, *Éléments de droit pénal*, n° 194, p. 187. Il Carmignani, *Elementi di diritto criminale*, § 128 e il Carrara, *Programma*, vol. I, § 120, parlano, invece, di *ripetizione dello stesso reato* da parte però di tutti e contro tutti i cittadini.

(217) Cfr. ad es.: Romagnosi, *Genesi del diritto penale*, vol. I, parte 1ª, Appendice, capo I, parte II, §§ 201, 256.

in generale *alla sicurezza* dei loro beni e interessi che ad essi dà lo Stato, mediante il diritto (bene della sicurezza sociale). Inesatto sarebbe, invece, affermare, come fu pure affermato, che il reato compromette nei cittadini l'*opinione della propria sicurezza*, che esso offende, non la sicurezza, ma l'*opinione della sicurezza sociale* (218) cioè quel bene che consiste *nel sapersi* sicuro sotto l'egida e la protezione del diritto e dello Stato. Il concetto di *sicurezza sociale* è, sì, correlativo a quello di *pericolo sociale*; non così il concetto di *opinione della sicurezza sociale*. L'opinione della propria sicurezza non è scossa nei cittadini dalla *esistenza del pericolo sociale* se non in quanto esiste, da parte loro, un riconoscimento di questo pericolo, cioè un *giudizio su l'esistenza del pericolo sociale* (previsione del danno risultante alla società dall'indefinita riproduzione dei fatti criminosi). Ma mentre può esistere un *pericolo sociale* che non sia, come tale, riconosciuto e *giudicato*, può anche esistere un *giudizio* di pericolo a cui non corrisponda nessun vero e effettivo *pericolo sociale*. Ora, non l'*immaginaria*, ma l'*effettiva* sicurezza sociale scuote e turba il reato, nè un illusorio e fittizio, ma un vero e reale pericolo sociale esso crea: un pericolo come tale riconosciuto, appunto perchè vero e reale (219).

123. Se il *pericolo sociale*, indirettamente risultante dal reato, non va confuso col *giudizio sociale su l'esistenza di questo pericolo*,

---

(218) Così: Carmignani, *Elementi di dir. crim.*, § 122; Carrara, *Programma*, vol. I, §§ 107, 118 e 120 e segg.

(219) Anche l'Impallomeni, *Istituzioni di diritto penale*, Torino, 1908, p. 157, si rifiuta di vedere nel così detto danno sociale mediato (il nostro pericolo sociale mediato) il semplice turbamento dell'*opinione* della sicurezza sociale: " Il male pubblico del reato, egli dice, non è un male di mera opinione, non è, cioè, un semplice turbamento della tranquillità dei cittadini; ma è un danno il quale sussisterebbe ancora quando per una specie di pubblico accecamento esso non fosse avvertito: un danno che nasce col reato medesimo ed è l'effettiva diminuzione della sicurezza generale dei cittadini per il pericolo della riproduzione del reato o per opera dello stesso reo o per opera dei male inclinati: la qual cosa non è un semplice male di opinione, ma è un danno tanto positivo quanto quello della violazione della legge, poichè è la conseguenza diretta del fatto del reato, qual esso realmente è, con tutti gli elementi personali e materiali, che servono a caratterizzarlo..... L'opinione pubblica apprende questo pericolo e ne rimane commossa, ma tale commozione non è che una conseguenza variabile di un effetto immanchevole del reato ".

tanto meno può esso andar confuso col così detto " *allarme sociale* „, cioè con quel sentimento che la commissione del reato genera nell'animo di tutti i cittadini che ne hanno notizia e che è suscettibile di gradazioni infinite dalle forme lievi e iniziali del sospetto, della preoccupazione, del timore, alle forme estreme della paura, dello spavento, del terrore. Altro è l'allarme sociale, altro il pericolo sociale. L'allarme sociale non è che l'emozione che nell'animo dei cittadini suscita la rappresentazione del pericolo sociale risultante, come effetto psicologico, dal reato già commesso. L'allarme è, dunque, l'effetto del pericolo sociale, il pericolo è la causa dell'allarme sociale, ma il pericolo sociale non è l'allarme sociale. Certo l'allarme segue normalmente il pericolo, come l'effetto segue la causa. Ma ben può esistere pericolo sociale, senza allarme sociale e può esistere allarme sociale senza pericolo sociale (220). Nè si dica che il pericolo sociale procede invece appunto dal timore di nuove offese, generato nell'animo della vittima, dei suoi congiunti, dei cittadini in genere dal reato commesso, timore che spinge a private e pubbliche reazioni, cioè, infine, a nuovi reati. Qui è da distinguere *pericolo da pericolo*. Altro è il

---

(220) Distingue l'*allarme sociale* dal *pericolo sociale* (c. d. danno sociale mediato), pur non distinguendolo dal giudizio sul pericolo sociale, anche l'IMPALLOMENI, *Istituzioni di dir. penale*, Torino, 1908, p. 156: " Il pubblico allarme è un effetto del reato il quale nè sempre è concomitante all'azione, allo stesso modo della lesione giuridica, nella maggior parte dei casi, nè sempre è l'indice approssimativamente esatto della gravità di un reato. Per la qual cosa pare a noi che il danno pubblico del reato impropriamente viene denominato *allarme sociale*, impropriamente si fa consistere nella opinione della scemata sicurezza, giusta il concepimento del Carmignani seguito dal Carrara e dai seguaci del Carrara. L'*allarme* è una conseguenza del reato, ma dipendendo dall'opinione, essenzialmente mutabile per le molteplici accidentalità di tempo, di luoghi, di ambiente sociale, di circostanze politiche, non può essere assunto a rappresentare di fatto il perturbamento che all'ordine giuridico arreca il reato. La misura di tale perturbamento non potrebbe essere affidata ad un apprezzamento così mal sicuro; e quando si dice che questo viene calcolato secondo l'opinione della maggioranza degli onesti in condizioni normali, si ha il torto di porre a fondamento di un criterio di capitale importanza nella scienza criminale una finzione e, nella ipotesi migliore, una mera presunzione „. Nello stesso senso e anzi con le stesse parole v. già: *Codice penale illustrato*, vol. I, 2ª ed., Firenze, 1904, nº 198, p. 359. Sulle sue traccie anche: PINTO, *Manuale di diritto penale*, 2ª ed., Città di Castello, 1905, p. 22.

pericolo reale che deriva, come *effetto* o *risultato*, sia pur soltanto psicologico, dal reato già commesso; altro il *pericolo personale*, la *pericolosità del reo*: l'uno nasce *dal fatto*, l'altro *dalla persona* del reo: l'uno è pericolo di nuovi reati, non da parte del reo soltanto, ma di tutti i cittadini in generale, l'altro è pericolo di riproduzione del reato da parte esclusivamente del reo; l'uno trova nel reato la sua *causa* (psicologica), l'altro la sua *prova*; l'uno è l'effetto delle innumerevoli modificazioni psicologiche che la commissione del reato produce nell'animo dei cittadini tutti, non esclusi la vittima o l'autore stesso del reato; l'altro è l'effetto del carattere e delle attitudini del reo, quali son rivelati dal reato (cfr. *retro*, n° 101 e oltre 127). Altro è, per conseguenza, l'*allarme sociale* che succede al *pericolo sociale obiettivamente risultante dal reato*, altro la paura che desta la *rivelazione*, mediante il reato, di un carattere socialmente pericoloso, quantunque pure in questo sentimento di paura, generato *dalla persona*, anzi che *dal fatto*, del reo, possa trovarsi, e si trovi, una causa psicologica di reazioni — sopra tutto difensive — esplicantesi eventualmente sotto forma di nuovi reati, epperò, una causa di pericolo criminale (221) (cfr. oltre n° 129).

124. Erra, dunque, chi crede di poter additare il *pericolo sociale*, che deriva indirettamente dal reato, nel solo *allarme sociale* (222) o nel solo *risentimento sociale* (223) o insieme nell'*allarme* e nel *risentimento sociale* (224) ovvero, ad un tempo, nell'*allarme* e nel *malo esempio sociale* (225). Tutti questi non sono che alcuni

---

(221) Quest'ultima osservazione fa anche l'ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, t. I, n° 125, p. 88: " Il y a un tel lien entre les effets que nous venons d'analyser, que si par le délit la securité est troublée, si la confiance dans le droit et dans l'autorité est altérée, c'est principalement *à cause de la crainte qu'on a du danger des recidives et du danger de l'imitation* ... ".

(222) Così alcuni fra gli antichi sostenitori della teoria della difesa sociale come scopo del diritto di punire.

(223) Così, sembra, il BONUCCI, *L'orientazione psicologica dell'etica e della filosofia del diritto*, Perugia, 1907, p. 333 e segg., p. 267 e segg.

(224) Emozioni della paura e della collera socializzate: così il LANZA, *L'umanesimo nel diritto penale*, Palermo, 1906, p. 72 e segg., p. 78 e segg.

(225) Così il CARRARA, *Programma*, vol I, § 118 e il CARMIGNANI, *Elementi* § 128.

degli innumerevoli e multiformi effetti psicologici del reato, non sono che lati di una stessa e poliedrica realtà psicologica, la completa analisi della quale sfugge, come si è detto, per la sua stessa complessità, ad una osservazione scientifica rigorosa e completa (cfr. *retro* n° 120). Ancor più erronea ci sembra la pretesa di compendiare gli effetti psicologici del reato aggiungendo al sentimento della paura (o dell'allarme) il sentimento di *disapprovazione* che genera in noi la commissione di quei fatti che chiamiamo reati (226). La *disapprovazione* non è che la reazione della coscienza morale ai fatti che offendono la legge morale, la reazione del senso morale della collettività che si desta in essa di fronte all'apparizione del peccato e del vizio. Come tale essa sorge in presenza dei reati che sono ad un tempo violazione di norme morali e di norme giuridiche penali (es.: omicidio, furto, violenza carnale, lenocinio, incesto, adulterio, ecc.) non già di fronte a quelli che, pur violando i precetti della legge penale, non offendono in alcun modo i precetti della legge morale (p. es., il duello, l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni, ecc.). Chè se il sentimento di disapprovazione si identifica, non già col *sentimento morale*, ma invece col *sentimento di giustizia* (c. d. *sentimento giuridico*) (227), noi non abbiamo più alcun criterio per distinguere il reato dagli altri torti giuridici, anch'essi offensivi del sentimento di giustizia, appunto perchè contrari alla *giustizia*, cioè alle condizioni fondamentali e indispensabili della vita in comune. Comunque poi lo si intenda, il sentimento sociale di disapprovazione esce naturalmente dal concetto del pericolo sociale mediato, di cui qui discorriamo, e di esso non possiamo particolarmente occuparci.

125. Il pericolo sociale mediato, a differenza del danno o del pericolo immediato e del danno sociale mediato, non è soltanto il

---

(226) Così il Lanza, *Diritto penale italiano*, Torino, 1908, n[i] 15 e segg. e n° 18, il quale altrove (*L'umanesimo nel dir. pen.*, Palermo 1906, p. 82 e segg.) sembra identificare il sentimento di disapprovazione con l'emozione della collera: ciò che appare evidentemente inesatto.

(227) Su di esso vedi di recente: Del Vecchio, *Il sentimento giuridico* (1ª ed. Torino, 1902) 2ª ed. 1908. Per la identificazione fra il sentimento di disapprovazione morale e quello di giustizia: Westermarck, *The origin and development of the moral ideas*, vol. I, London, 1906, p. 145 e segg.

risultato del così detto elemento obiettivo del reato, cioè dell'azione o omissione (manifestazione obiettiva di volontà) e del suo risultato (danno o pericolo) nè soltanto del così detto elemento subiettivo, cioè, del *dolo* e della *colpa*, ma è il prodotto dell'uno e dell'altro insieme combinati, come sagacemente avvertivano da tempo il CARMIGNANI e il CARRARA (228).

a) È il prodotto dell'elemento obiettivo del reato e anzi tutto dell'estrinsecazione o manifestazione obiettiva della volontà: azione o omissione. Un fenomeno che appartiene puramente al mondo interiore (*noumeno*, secondo KANT), un puro pensiero, sentimento o proposito *in mente retentum* rimane ignoto alla nostra conoscenza e estraneo alla nostra coscienza. Esso non è quindi reato (si ricordi il vecchio: *cogitationis poenam in foro nemo patitur*). Perchè un proposito possa divenir reato occorre che la determinazione di volontà si sia esteriormente estrinsecata e manifestata, cioè, *obiettivata* in una azione o omissione. Nè basta una qualsiasi manifestazione successiva alla determinazione di volontà: occorre che la determinazione e la manifestazione di volontà, insieme unite, siano *causa*, cioè produzione o non impedimento, d'un risultato dannoso o pericoloso. La *confessio subsecuta* del GROZIO, susseguita cioè al proposito di delinquere e intesa a rivelarlo, mentre è pure manifestazione di una *voluntas sceleris*, non è reato, appunto perchè non ha prodotto alcun risultato dannoso o pericoloso. Solo allorquando ad una manifestazione di volontà si ricollega, come a sua causa, un evento determinato, una determinata modificazione del mondo esteriore, cioè, appunto, un *risultato* o *effetto* consistente in un *danno* o anche soltanto in un *pericolo* (lesione o minaccia di un bene e interesse protetto dal diritto), si producono nella coscienza dei consociati quegli effetti psicologici dal cui insieme risulta il *pericolo sociale di nuovi reati* (pericolo di contagio criminale, pericolo di vendette private e di pubbliche rappresaglie criminose). Una volontà che non produce nessun effetto dannoso o pericoloso — e fin tanto che non lo produce — è una volontà che non è

(228) CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale*, § 122, 124, 125 e segg.; CARRARA, *Programma*, Parte generale, vol. I, § 121-127, specialm. 121 e 124. (alquanto diversamente al § 56, dove non si tien conto dell'elemento obiettivo nella sua influenza causale sul c. d. danno mediato).

fonte neanche di pericolo avvenire per la società, perchè essa in nessun modo tocca o minaccia di toccare gli interessi altrui che sono dal diritto, e anche dal diritto penale, protetti. — Anche la natura dell'interesse leso, e quindi la natura della lesione, cioè del danno, spiega la sua influenza sul sorgere del pericolo sociale: la *riparabilità*, o meno, del danno: la sua *diffondibilità* o non diffondibilità; la possibilità o l'impossibilità *di evitarlo* da parte dell'offeso, ecc., sono tutti fattori che concorrono al sorgere, o non sorgere, del pericolo sociale (cfr. oltre n° 133).

b) Il pericolo sociale mediato è tuttavia sopra tutto il prodotto dell'elemento subiettivo del reato, cioè del *dolo* e della *colpa*. L'esistenza di un risultato dannoso o pericoloso (p. e., la morte di un uomo), anche se prodotto dalla azione di un soggetto umano, neppure è, per sè medesima, causa sufficiente di pericolo sociale: perchè essa non basta a produrre nell'animo dei cittadini quegli effetti psicologici dal cui complesso risulta il pericolo di nuovi e futuri reati. Perchè ciò avvenga è necessario che il risultato dannoso o pericoloso, fisicamente cagionato o non impedito, sia *previsto* e *voluto* come conseguenza della propria azione o omissione (*dolo*), o, quanto meno, è necessario che il risultato dannoso, materialmente cagionato o non impedito, se anche *non previsto* nè *voluto*, fosse conseguenza *obiettivamente possibile*, e quindi *umanamente prevedibile* (dalla normalità degli uomini sani e maturi di mente), della propria azione o omissione (*colpa*). Se un uomo perisce per malattia o per disgrazia, possono gli altri soffrirne dolore, ma non per ciò si genera nella società e per la società alcun futuro pericolo. Ugualmente, se un uomo cade sotto i colpi di un pazzo o di un bambino, possono gli altri patirne danno e dolore e possono anche temere per sè la rinnovazione delle gesta perniciose dell'infante o del mentecatto; ma non mai si genera nella società il pericolo del malo esempio e della imitazione (pericolo del contagio psico-sociale) nè il pericolo di private vendette e di pubbliche rappresaglie, cioè, infine, il pericolo di nuovi, simili o diversi, fatti dannosi da parte di persone diverse dall'autore del danno, siano esse sane o inferme, mature o immature di mente; e neanche si genera quel pericolo di recidiva e di abituale professionalità nei fatti in questione che si rappresenta come un effetto psicologico del fatto nello stesso autore di questo (cfr. *retro* n° 121 e oltre n[i] 129 e 134). Tale è la ragione per cui soltanto quegli

eventi dannosi o pericolosi sono vietati e puniti che si ricollegano, non solo per un rapporto di mera causalità fisica e materiale, ma anche per un rapporto di causalità psichica e morale (cioè per dolo o per colpa) alla persona dell'agente: non già quelli dipendenti da casi fortuiti o di forza maggiore, nè quelli che, pur essendo il risultato di azioni o omissioni umane, non possono ricollegarsi alla persona, se non *obiettivamente*, non già *subiettivamente* e che ai danni prodotti da caso fortuito vanno, quindi, dal punto di vista giuridico, assimilati (229).

---

(229) Cfr. CARMIGNANI, *Elementi*, § 122: " Comunque volontariamente o involontariamente si commettano i delitti il danno *immediato* che ne risulta è lo stesso, ma non è così del danno *mediato*: vale a dire quando nel delitto si scorgono delle cause che escludono l'intenzione di delinquere, quivi si ravvisa un infortunio piuttosto che alcun pericolo di futuro sovvertimento della pubblica e privata sicurezza. Inoltre siccome coloro che a questo modo delinquono non agiscono volontariamente, non ne risulta alcun pravo esempio per cui gli animi dei cittadini possano venir allettati a similmente delinquere. "; § 127: " Per lo contrario, quando il delitto procedesse da malvagia intenzione, i cittadini scorgendo in esso l'esistenza di cause volontarie, giustamente temerebbero che una simile offesa presto o tardi potesse colpire anche la lor persona; perciocchè sono i volontari agenti coloro che ci mettono in continua apprensione di veder sovvertita la nostra sicurezza. Oltre a ciò i delitti volontariamente commessi offrono un pernicioso esempio, ispirano cioè nell'animo dei cittadini il gusto di egualmente delinquere: di che non avvi cosa alcuna che alla pubblica e privata sicurezza più si opponga "; CARRARA, *Programma*, vol. I, § 122: " Infatti quando un uomo cade per morbo o per infortunio può sentirsene dagli altri dolore ma non viene meno per questo fatto la potenza morale dell'autorità e la fiducia nella legge e nella giustizia. Nessuno ne trae argomento di audacia a turbare l'ordine esterno; nessuno ne sente crollare nell'animo l'*opinione* di essere *sicuro* dalle offese di gente perversa "; § 123: " Il malo esempio e la intimidazione sorgono soltanto quando si viene a conoscere che quella morte è stata prodotta dal braccio di un uomo per malvagia intenzione o per imprudenza. Allora il fatto lesivo dell'individuo diviene lesivo anche *della legge*. La lesione della legge aggiunge l'effetto *morale* all'effetto *fisico* della lesione materiale. E così nel minorare la forza morale dell'autorità si aggiunge al fatto *direttamente* dannoso anche il carattere di *indirettamente* dannoso "; § 126: " ... Anche pei fatti imprudenti sente il buon cittadino minorata la *opinione* della sua *sicurezza*; e l'inclinato ad essere imprudente ne trae cattivo esempio; ... anche da loro si ha il risultato politico che la offesa materialmente particolare rechi perturbazione morale universale ed il cittadino ha diritto di essere difeso non solo contro gli scellerati, ma anche contro gli scioperati ".

126. Di fronte ai beni e agli interessi che cadono sotto la tutela giuridica penale e di fronte allo stesso interesse, che lo Stato ha, a questa tutela, i reati possono assumere una doppia importanza, e cioè: 1° in quanto essi *cagionano lesioni* o *minaccie* di questi beni o interessi, cioè *sono cause di danni e di pericoli* per i beni e interessi in questione; 2° in quanto essi *rivelano* cause attuali di danni e di pericoli futuri per i beni e interessi medesimi. Nel primo caso si ha riguardo agli *effetti* o *risultati* che il reato cagiona e quindi al reato come *causa* di questi effetti. Nel secondo caso si ha riguardo alle *cause* che producono il reato, alle condizioni e agli stati di fatto in cui questo trova la sua ragion d'essere e la sua spiegazione e che, persistendo, possono esser fonte di ulteriori reati; e si considera, quindi, il reato, non solo come effetto di quelle cause, ma come *prova* o *sintomo* della loro esistenza. Alla *importanza reale o causale* del reato, di cui fin qui abbiamo discorso, si accompagna, quindi, una *importanza* del reato che può dirsi *sintomatica* (230). Qui è da distinguere: *a*) *l'importanza sintomatica speciale* (del singolo reato rispetto alla persona del suo autore); *b*) *l'importanza sintomatica generale* (della delinquenza in genere rispetto alla società in genere) (231).

---

(230) Su la distinzione fra *importanza reale* (o più esattamente *causale*) e *importanza sintomatica*, vedansi sopra tutto i brevi, ma precisi e concettosi cenni del MERKEL, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart 1889. § 9. pp. 25-26 (alle cui idee particolarmente ci avviciniamo), nonchè: *Juristische Encyclopädie*. Berlin, 1904, § 273, p. 112, dove però non esattamente, secondo noi, estende questa distinzione a tutti i fatti illeciti, anche non aventi carattere di reati: " *Rechtsverletzungen* können für die bezeichneten Interessen eine zweifache Bedeutung haben, nämlich: 1°) insofern sie für dieselben Uebel und Gefahren *hervorbringen*, und auf die Bedigungen einen Einfluss ausüben unter welchen das Recht seine Ausgabe jenen Interessen gegenüber zu erfullen und seine eigene Herrschaft zu behaupten vermag; 2°) insofern sie jene Interessen bedrohende Missstände und Gefahren *erkennbar machen* oder unter helleres Licht rücken ". In particolar modo su la concezione sintomatica del reato: TESAR (Ottokar), *Die simptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhältens*. Ein Beitrag zur Wertungslehre im Strafrecht (nelle " Berliner Seminarabhandlungen ", V, 3), Berlin, 1907 (per la distinzione fra concezione sintomatica e reale, pp. 2 e 3); HORST KOLMANN, *Der simptomatische Verbrechensbegriff* nella " Zeitschrift für die gesammte Strafrechtwissensschaft ", Band XXXVIII, fasc. V (Berlin, 1908), pp. 449-470.

(231) Anche per questa distinzione, vedi MERKEL, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, § 9, pp. 25-26.

127. *a) Importanza sintomatica speciale del reato.* È l'importanza che il fatto delittuoso del singolo assume, per sè solo, o in relazione ad altri fatti delittuosi e, in genere, alla complessiva vita anteatta del reo, come *prova* delle *qualità*, *attitudini e tendenze* dell'individuo, autore del reato, in una parola, come *rivelazione* del suo *carattere* e della sua *personalità* psicologica (232). Fra queste qualità, attitudini e tendenze sono di particolare importanza la propensione, che caratterizza il delinquente abituale, alla ripetizione degli stessi reati, la mancanza di volontà (abulia) e di dominio psichico, la debolezza intellettuale, l'abnorme irritabilità e suscettibilità, l'anormale o deficiente sviluppo del senso morale (233) e via dicendo. Il fatto stesso delittuoso, che è stato

(232) Cfr. MERKEL, *Lehrbuch d. deutsch. Strafr.*, § 9, p. 25, *sub a)*. Fra i nostri più recenti scrittori insistono specialmente sull'importanza del fatto delittuoso come prova del carattere e delle qualità e tendenze del reo l'IMPALLOMENI, *Istituzioni di diritto penale*, Torino, 1908, pp. 94-96, p. 104 e segg. e il CARNEVALE, *Ragione del diritto di punire*, Estratto dalla " Rivista Penale ", vol. LXV, fasc. II (1907), n° 7, p. 16; n° 11, pp. 19-21. Anteriormente vedi già LUCCHINI, *Le droit pénal et les nouvelles théories*, Paris, 1892, chap. IX, p. 321. Il merito di aver richiamato alla considerazione del valore sintomatico del reato spetta specialmente agli scrittori che vanno sotto il nome di " scuola positiva ", ma ad essi va riconosciuto anche il difetto di aver esagerato l'importanza sintomatica del reato fino al punto di escludere la considerazione dell'importanza realistica e causale di esso e di aver fatto eccessivo assegnamento, per la prova del carattere antisociale della persona, sopra dati desunti *aliunde* che dal fatto del reato e da quelli che lo hanno preceduto o accompagnato, specialmente sopra i dati di natura antropologica, per sè incerti, contradditorii e variabili. Cfr. GAROFALO, *Criminologia*, Torino, 1891, p. 328 e segg., e v. p. 65 e segg.; FERRI, *Sociologia criminale*, 4ª ed., 1900, p. 688 e segg., e per la critica mi limito a ricordare il LUCCHINI, *Le droit pénal*, citato, specialm. chap. IX (vedi anche chap. V-VII). — Su l'importanza di certi atti come *sintomi* della personalità, presso gli antichi popoli germanici, veggasi il BRUNNER, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Bd. I, 2ª Auflage, Leipzig, 1906, p. 211 e segg.

(233) Su la *moral insanity* da alcuni affermata, da altri tuttora negata e in ogni modo diversamente concepita, vedi fra i più recenti studi: GAUPP, *Ueber den heutigen Stand d. Lehre vom geborenen Verbrecher*, " Monatschrift für Kriminalpsycologie ", Bd. I (1904), p. 25; *Ueber moralisches Irresein und jugendliches Verbrechertum*, 1904; LONGARD, *Ueber moralisches Irresein*, " Monatschrift f. Kriminalpsycologie ", Bd. III, (1906), fascicolo febbraio e marzo. La psichiatria concepisce adesso generalmente i casi di *moral insanity* come casi di debolezza mentale; cfr. KRAEPELIN, *Psychiatrie*, 6ª Aufl., Leipzig, 1899, p. 799 e segg.; vedi anche: CRAMER, *Gerichtliche Psychiatrie*, 3ª Aufl., Jena, 1903, p. 351 e segg.

commesso, è, naturalmente, la prima prova del carattere del suo autore, perchè chi delinque dimostra *ipsis factis* la sua capacità di delinquere. Più particolarmente: l'importanza e il valore del bene e interesse offeso e della forma dell'offesa (lesione, minaccia), la natura dell'azione, le modalità dell'azione stessa, come il mezzo, il tempo, il luogo con cui, durante il quale, o dove, l'azione fu commessa, la irreparabilità e diffondibilità del danno, il *dolo* o la *colpa* e sopratutto i *motivi* o *moventi a delinquere* (234), possono es-

---

(234) Chi meglio ha scritto intorno ai motivi è, a nostro parere, un civilista, lo ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Leipzig, 1879, p. 1-200, a cui, dunque giova anche adesso ricorrere. Nella letteratura posteriore sono notevoli fra i criminalisti tedeschi: LISZT, *Die psycologischen Grundlagen der Kriminalpolitik* nella " Zeitschrift für die ges. Strafrechtw. „, Bd. XVI, 1896, p. 477 e segg.; LILIENTHAL, *Der Zweck als Straf- und Schuldmoment*, nella stessa " Zeitschrift „, Bd. XX, p. 440 e segg.; LIEPMANN, *Einleitung in das Strafrecht*, Berlin, 1900, p. 115 e segg.; THOMSEN nella citata " Zeitschrift „, Bd. XVII, p. 272 e segg. e sopra tutto: *Untersuchungen über den Begriff des Verbrechensmotivs*, München, 1902 (dove è istituita (p. 46 e segg.) una interessante classificazione delle varie teorie), vedasi anche: KRAUS, *Das Motiv* nella " Zeitschrift „, citata, Bd. XVII, p. 467; STOOSS, *Das Motiv im Entw. z. ein. Schweiz. Strafgesetzbuch* nella " Revue Pénale Suisse „, 1896, fasc. 3°; MEISSNER, *Motiv und Gesinnung im Strafrecht*, Erlangen, 1903. Fra i francesi sopra tutti: GARÇON, *Des peines non déshonorantes* nella " Revue Pénitentiaire „, Bd. XX (1896), fasc. giugno; v. anche RIGAUD, *De l'influence du motif en matière criminelle*, Paris, 1898; TARDE, *Études pénales et sociales*, Paris-Lyon (2ª ed.), 1896, p. 289. Fra gli italiani, oltre le pagine indimenticabili del ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, Milano, 1840, vol. I, parte III, libro I, cap. VIII e IX, specialmente §§ 477 e segg., si veda IMPALLOMENI, *Il carattere dei moventi nell'omicidio premeditato*, Roma, 1888, specialm. p. 20; *Istituzioni di dir. pen.*, Torino, 1908, p. 104 e segg.; *L'omicidio nel diritto penale*, Torino, 1899; *Codice pen italiano*, 1ª ediz., Firenze, 1890, pp. 22-24; PECORARO, *Tentativo di una teoria dei moventi a delinquere* nel " Circolo Giuridico „, vol. XXVI (1895), fasc. di aprile: v. anche CONTI, *I moventi a delinquere e il Cod. pen. italiano*, Suppl. " Riv. Pen. „, V, pp. 129, 193; *Ancora dei moventi a delinquere* in " Riv. disc. carcerarie „, XXII, I, pp. 650, 700; *Nuove ricerche intorno ai moventi a delinquere* in " Riv. Pen. „, XLVIII, p. 413; *Sempre dei moventi a delinquere* in " Riv. Pen. „, LI, p. 219 e segg. Fra i seguaci della c. d. scuola positiva: FERRI: *Sociologia criminale*, Torino, 1900, pp. 692 e segg.; FLORIAN, *La statistica dei motivi determinanti al reato*, " Scuola Positiva „, V, p. 207 (v. anche i suoi scritti nella stessa rivista, IV, p. 150, V, p. 54): *I motivi psicologici del reato considerati nella legislazione penale comparata* nell' "Archivio giuridico „, vol. LVII, (1896). Fra gli scrittori inglesi vedansi le pagine magistrali del BENTHAM, *Oeuvres*, Bruxelles,

sere, come ben si comprende, di notevole significato e valore per la prova del carattere della persona, per il giudizio, attraverso il fatto, delle tendenze e attitudini del suo autore. Così l'omicidio (privazione del bene della *vita*) è, in confronto del furto (sottrazione di una cosa all'altrui *possesso*), non solo un fatto socialmente più grave, ma che prova anche un carattere moralmente più tristo e socialmente più pericoloso: l'omicidio commesso di notte o in luogo abitato, con premeditazione, con mezzi insidiosi, con concorso di più persone, ecc., non solo è socialmente più grave, ma prova anche un temperamento più pericoloso e temibile che non l'omicidio in cui quelle circostanze non ricorrono; e così è pure dell'omicidio doloso, in confronto del colposo, dell'omicidio determinato da motivi altruistici e morali, in confronto di quello determinato da motivi egoistici e immorali, e via dicendo. Un'altra importantissima prova del *carattere* del reo si ha, all'infuori del fatto, nei *precedenti* del suo autore, cioè nel complesso delle azioni (condotta) che forma la vita anteatta del reo: particolare e costante importanza assumono qui la *recidiva* e la *abitualità* o *professionalità criminose* (235). Dati il numero e la complessità degli elementi che possono valere come esponenti o indizi del carattere della persona e l'eventuale accordo o l'eventuale discordia che può esistere fra questi sintomi della personalità, non è naturalmente da escludersi

---

1840, t. I, pp. 125 e segg. — L'importanza sintomatica dei motivi a delinquere si accresce a mano a mano che si risale nelle serie di essi e si considera la volontà in relazione a tutta la vita precedente, sentimentale e rappresentativa, della persona (cfr. Kraepelin, *Psychiatrie*, 7ª ed., Leipzig, 1904, pp. 5 e segg.).

(235) L'Impallomeni, *Istituzioni di dir. penale*, Torino, 1908, pp. 94 e segg., classifica i fattori della pericolosità del reo in *obiettivi* e *subiettivi*. Fra i fattori obiettivi pone: *a)* l'importanza del diritto subiettivo offeso o minacciato; *b)* la diffondibilità del danno; *c)* le circostanze materiali concomitanti al delitto; *d)* la frequenza del reato. Fra i fattori subiettivi annovera poi: *a)* il dolo e la colpa; *b)* i motivi a delinquere; *c)* l'insidiosità, viltà, brutalità dei mezzi e modi di agire e la violazione di speciali doveri; *d)* la persistenza nel maleficio, come nei reati permanenti e continuati e nella recidiva; *e)* i precedenti morali del reo; *f)* l'associazionismo; *g)* l'età. Non occorre dire che una simile enumerazione non può avere anch'essa che un valore *dimostrativo* ed *esemplificativo*, non già *tassativo* e *determinativo*. Una tassativa determinazione di sintomi che valgono a qualificare il carattere dell'agente e farlo giudicare moralmente più o meno pravo e socialmente più o meno pericoloso e temibile, non è, si comprende, possibile.

che gli stessi fatti, commessi da diverse persone, possano assumere un diverso valore *sintomatico* e possa un reato più lieve avere una importanza sintomatica maggiore di un reato più grave (236).

128. *b) Importanza sintomatica generale dei reati.* È l'importanza che i reati, a seconda del loro numero e della loro specie, assumono come esponenti dello stato generale della società e di una determinata condizione dei rapporti sociali. I reati trovano la loro causa, non solo nell'ambiente fisico, in mezzo al quale gli uomini vivono, non solo nella costituzione organica (anatomica e fisiologica) e psichica degli uomini stessi, ma anche e sopra tutto nella costituzione sociale, e particolarmente poi nella costituzione economica della società (237): essi sono il prodotto di un triplice ordine di fattori: fisici, biologici e sociali. Indubbiamente è ai fattori sociali che deve riconoscersi la prevalenza di fronte agli altri ordini di fattori, giacchè (a parte i fattori fisici la cui efficienza causale è indubbiamente di minor rilevanza, se pure più immodificabile dalla azione degli uomini) gli stessi fattori biologici, o più precisamente psichici, possono modificarsi e variare notevolissimamente, sotto l'influsso dei fattori sociali (238). Lo stato generale dei rapporti sociali si riflette appunto nella *statistica dei reati*, nella osser-

---

(236) Cfr. MERKEL, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, § 9, p. 25.

(237) Fra i più recenti lavori sui fattori economici della criminalità sono notevoli: VAN KAN, *Les causes économiques de la criminalité*, Paris, 1903; e sopratutto: BONGER, *Criminalité et conditions économiques*, Amsterdam, 1905.

(238) Da ciò segue l'assoluta erroneità di una *concezione puramente biologica* del delitto, vale a dire desunta unicamente dalle proprietà somatiche e psichiche del delinquente e segue ancora l'impossibilità ormai, anche per altri motivi, dimostrata, di un unico *tipo antropologico criminale*. La scienza antropologica, se ha potuto finora provare presso taluni delinquenti (delinquenza cronica o di tendenza, specialmente abituale) l'esistenza di numerose *atipie* e deviazioni dal tipo normale, non è tuttavia riescita a fissare, neppure per essi, alcun unico e costante tipo criminale. Così la teoria di LOMBROSO e dei suoi seguaci può dirsi ormai definitivamente caduta. Vedasi per una fiera confutazione di essa: BAER, *Der Verbrecher in antropologischer Beziehung*, Leipzig, 1893; cfr. anche: SOMMER, *Kriminalpsycologie* 1904, g. 313; LIEPMANN, *Einleitung in des Strafrecht*. Berlin, 1900, pp. 206-207; LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1908, § 14, p. 12; *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd. I, p. 296 e segg.

vazione sistematica di essi su la base dei *grandi numeri.* Dove lo stato dei rapporti sociali assume un carattere relativamente costante, ivi si mantiene relativamente costante, per quantità e qualità, lo stato della criminalità: una maggiore o minore modificazione nella condizione dei rapporti sociali porta, per contro, con sè una, più o meno rilevante, modificazione nello stato della delinquenza. In quanto lo Stato può, con la sua azione, esercitare una influenza su lo svolgersi dei rapporti sociali, la statistica dei reati gli fornisce il criterio e la misura della efficacia pratica dell'opera sua (239).

129. L'*importanza sintomatica generale* dei reati, come quella che si riferisce, *non al singolo reato*, ma alla *delinquenza* o *criminalità* come fenomeno sociale generale, si comprende come venga solo secondariamente in considerazione dal punto di vista che qui ci interessa. Al concetto del *pericolo sociale, mediato e indiretto, risultante dal reato*, è invece specialmente e direttamente legata la considerazione della *importanza sintomatica speciale del reato.* È evidente che tale importanza sintomatica *speciale* non è esclusivamente e caratteristicamente propria del reato, ma è invece, comune anche ad altre azioni, che non sono reati (240). Così, per esempio, le azioni dannose del pazzo e del fanciullo, che per gli art. 46 e 53 del cod. penale *non sono punibili* (v. anche art. 48 e 54 princ.) e quindi *non sono reati* (mentre tali sarebbero se fossero commesse da altri) possono tuttavia assumere una importanza sintomatica come rivelatrici di una individualità socialmente pericolosa e temibile e dar luogo a provvedimenti di sicurezza (ordine di ricovero in un manicomio, ordine di chiusura in un istituto di correzione e di educazione) che non hanno carattere giuridico *penale*, ma invece *amministrativo* (241). Ciò dimostra che l'*importanza sintomatica speciale* di un fatto non vale, per sè medesima, e indipen-

(239) Per quanto è detto nel testo relativamente alla importanza sintomatica generale dei reati, si cfr. Merkel, *Lehrbuch d. deutsch. Strafrechts*, § 9, p. 26, *sub b*).

(240) Non però ai torti puramente civili, come ritiene il Merkel, *Juristische Encyclopädie*, Berlin, 1904, § 273.

(241) Cfr. Merkel, *Lehrbuch d. deutsch. Strafrechts*, § 9, p. 25.

dentemente dalla sua *importanza reale e causale*, a convertire il fatto stesso in *reato*. Dimostra, cioè, che, perchè una azione umana costituisca reato, non basta che essa *riveli* nel suo autore una causa di pericolo per la società o neppure che essa abbia cagionato un danno o un pericolo immediato e diretto a colui che ne fu vittima, ma occorre che da esso sia derivato, indirettamente e mediatamente, un pericolo sociale, inerente, come effetto a causa, al fatto medesimo del reato. Ma se il reato, per esser tale, deve avere, ad un tempo, un doppio valore, *reale* o *causale*, cioè, e *sintomatico*, devono la *concezione realistica o causale* e la *concezione sintomatica del reato* insieme coordinarsi, ovvero subordinarsi l'una all'altra? E, in quest'ultimo caso, è l'importanza *sintomatica* che va subordinata alla importanza *realistica o causale* o viceversa? (242). Evidentemente una *coordinazione*, in vero e proprio senso, di queste due concezioni è impossibile. Esse sono antitetiche e si escludono a vicenda. O si guarda alle qualità e tendenze della persona, alla sua capacità di recar danno, o si guarda agli effetti del fatto, ai danni già con esso recati. Se si considerano le qualità, tendenze e attitudini della persona si è portati ad escludere la considerazione, se non del fatto, degli effetti dannosi già verificatisi in sèguito ad esso, e questo si riduce ad una semplice prova, e non l'unica, del carattere della persona. Se si considerano gli effetti del fatto in sè, i mali e i danni che già effettivamente ne son derivati per l'individuo o per la società, si è portati ad escludere la considerazione del carattere della persona, delle sue qualità, tendenze e attitudini. Non resta, dunque, altra via se non quella di una subordinazione o riduzione dell'una all'altra delle due con-

---

(242) La unilaterale considerazione del reato come prova della temibilità della persona e la subordinazione ad essa di ogni considerazione degli effetti dannosi dal reato già prodotti è caratteristico assunto dei seguaci della scuola antropologica criminale: si cfr. FERRI, *Sociologia criminale*, Torino, 1900, p. 688 e segg.; GAROFALO, *Criminologia*, Torino, 1891, p. 317 e segg. Per la confutazione di tale assunto: LUCCHINI, *Le droit pénal*, Paris, 1902, p. 308 e segg., che, pur riconoscendo l'importanza del reato come prova del carattere della persona, subordina la considerazione del reo a quella del reato e non viceversa (v. specialmente p. 72 e segg.). L'IMPALLOMENI, *Istituzioni di diritto penale*, Torino, 1908, pp. 94, 95 e segg., sembra credere alla possibilità di una coordinazione fra la considerazione del reo e quella del reato (contro cui vedi più oltre il testo).

cezioni. Ma la subordinazione dell'importanza realistica e causale alla importanza sintomatica, pur recentissimamente sostenuta (243) porterebbe, data l'incertezza dei sintomi, alla perdita di ogni *criterio obiettivo* nel campo della giustizia penale e lascierebbe adito a gravissimi e innumerevoli errori ed arbitri (244). Non resta, dunque, altra via, se non quella che è data dalla subordinazione della importanza *sintomatica* alla importanza *realistica* o *causale*. E questa non è solo possibile, ma è logica e naturale. Invero la *pericolosità sociale della persona, dell'autore del reato*, non è che un fattore, e, certo, dei più importanti, del *pericolo sociale*, indirettamente, ma obiettivamente *risultante*, come *effetto* psicologico, dal reato già commesso. Il carattere della persona, in particolare il suo difetto di senso morale e sociale, quale è rivelato dal fatto delittuoso, sempre, s'intende, che si tratti di persona sana e matura di mente, è, infatti, unitamente al fatto stesso del reato, la fonte di quel malo esempio e di quella imitazione, da cui risulta il contagio psicologico e talvolta l'epidemia del delitto. Pericolosità sociale del reo significa, inoltre, pericolo di nuovi reati da parte di lui, *pericolo di recidiva e di abitualità criminosa*; ed è appunto per questo pericolo, quale vien rivelato dal reato (oltre che per il pericolo del contagio criminale) che si determina nella vittima del reato, nei suoi congiunti e nel pubblico in generale, il timore, e talvolta il terrore, di nuovi reati, il risentimento o l'avversione verso la persona del reo, il desiderio di vendette e di rappresaglie, insomma tutti quegli altri effetti psicologici e sociali, dal cui complesso risulta il *pericolo della delinquenza* come fenomeno sociale generale, epperò il pericolo per l'esistenza dello Stato. Il *pericolo sociale*, — *obiettivamente risultante* dal reato attraverso le modificazioni psicologiche prodotte dal reato medesimo nella coscienza dei consociati, — abbraccia, dunque, nella sua nozione, anche il concetto della *peri-*

---

(243) Così il Tesar, *Die simptomatische Bedeutung verbrecherischen Verhaltens*, Berlin, 1907, pp. 2. 3 e segg.; e il Kollmann, *Der simptomatische Verbrechensbegriff* nella "Zeitschrift für die gesammte Strafrechtw.", Bd. XXVIII, (1908), p. 450 e segg.

(244) Vedasi, in questo senso, l'efficace dimostrazione del Merkel, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889, § 10. pp. 28-29, *sub.* 4) e del Liepmann, *Einleitung in das Strafrecht*, Berlin, 1900, pp. 204-207. Vedi anche il Lucchini, *Le droit pénal*, p. 308 e segg.

colosità sociale del reo, dimostrata dal reato, e la concezione *realistica* o *causale* del reato tiene altresì il posto e le funzioni della concezione *sintomatica* del reato medesimo.

130. La determinazione, sin qui fatta, del concetto del pericolo sociale, mediato o indiretto, risultante dal reato, porta naturalmente a discorrere, sebbene con la dovuta brevità, della distinzione fra il reato e gli altri fatti illeciti che reati non sono. Porta, cioè, ad accennare sommariamente e dal punto di vista che qui interessa, alla distinzione fra il *reato* o *torto penale* (*Criminalunrecht*, *strafbares Unrecht*, *peinliches*, *kriminelles Unrecht* dei tedeschi) e il c. d. *torto civile* (*Civilunrecht*, *civiles Unrecht*, *bürgerliches Unrecht*, *privatrechtliches Delikt*, *Privatdelikt* dei tedeschi), cioè quel torto giuridico (non solo di diritto privato, ma anche di diritto pubblico), che reca con sè conseguenze giuridiche diverse dalle penali (più particolarmente: risarcimento del danno)

A) Si è detto che la differenza fra il torto penale (reato) e il torto civile sta:

I) *nell'elemento subiettivo o nella colpa* (colpa in largo senso = *dolo* e *colpa* in senso stretto, cioè, negligenza, imprudenza, imperizia) e precisamente:

α) in ciò che il torto penale è il torto *doloso*, il torto civile è il torto *colposo* o anche il torto *obiettivo e incolpevole* (245). Questa teoria contraddice manifestamente al diritto positivo. Esi-

---

(245) È la teoria dell'Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse* hgg von Gans (Berlin, 1821), §§ 82 e segg., seguìta dal Michelet, *Naturrecht oder Rechtsphilosophie als die praktische Philosophie*, Berlin, 1866, vol. I, pp. 235 e segg., svolta e difesa dal Walther, *Zur Beurtheilung der Theorie des heutigen deutschen Strafrechts von Bekker*, nella " Kritische Vierteljahreschrift für Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft ", II, (1860), pp. 321 e segg.; *Kurze Anzeigen H. Haelschner* " *Die Lehre vom Unrecht und seinen verschiedenen Formen* " nella " Krit. Viert. ", XI, (1869), pp. 289 e segg. e recentemente ripresa in Italia dal Brunetti, *Il delitto civile*, Firenze, 1906, §§ 123-126; §§ 170 e segg. In senso, in fondo, non diverso: Köstlin, *System des deutschen Strafrechts*, Tübingen, 1845, pp. 1, 2, 105; Fichte, *System der Ethic*, §§ 102 e segg.; Filomusi-Guelfi, *Enciclopedia giuridica*, Napoli, 1904, § 146. pp. 614-615; Spaventa. *Studi su l'Etica di Hegel*, Napoli, 1869, pp. 98-99; Puchta, *Enciclopedia*, trad. Poli, Milano, 1868, pp. LV LVII.

stono, infatti, da un lato, *reati colposi* e, dall'altro, *fatti illeciti civili dolosi* (delitti civili) (246). Inoltre il torto *obiettivo* o *incolpevole* di diritto privato si distingue, non solo dal torto giuridico penale, cioè, dal reato, ma anche dal torto colpevole del diritto privato, cioè dal delitto o quasi delitto civile (cfr. *retro*, nº 36); ovvero:

β) in ciò che nel torto giuridico penale è *dolo o colpa penale*, nel torto non penale è *dolo o colpa civile* (247). Ma le nozioni del dolo e della colpa nel diritto privato non sono diverse dalle nozioni del dolo e della colpa nel diritto penale; o infine:

γ) in ciò che il torto giuridico penale è il torto colpevole (doloso o colposo), il torto giuridico non penale è il torto obiettivo o incolpevole, o, se non incolpevole, in cui la colpa non ha importanza *costitutiva*, ma puramente *qualificativa* (248). — Ma il torto obiettivo o incolpevole si distingue sostanzialmente, come si è detto, non solo dal reato, ma anche dal delitto o quasi delitto civile. Inoltre l'elemento della colpa (dolo e colpa, *stricto sensu*) è, secondo il nostro diritto positivo (art. 1151 e s. cod. civ.), un ele-

---

(246) Nello stesso senso: MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen* (I, *Zur Lehre von Grundeinteilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen*), Leipzig, 1867, Bd. I, pp. 6 e segg.; BINDING, *Die Normen u. ihre Uebertretung*, Bd. I, Leipzig, 1890 (2ª ed.), § 37, p. 240; § 39, p. 260 (dove chiama queste le due sentenze di morte di tutta la teoria hegeliana); *Grundriss d. gem. deutsch. Strafrechts*, Leipzig, 1902, § 1, p. 7; LISZT, *Lehrbuch d. deutsch. Strafrechts*, 12ª ed., § 44, p. 192, nota 1 (non più nella 17ª ed. del 1908); VON BAR, *Handbuch des deutschen Strafrechts*, Bd. 1, Berlin, 1882, p. 338 (e p. 279); LIEPMANN, *Einleitung in das Strafrecht*, Berlin, 1900, p. 4; BEROLZHEIMER, *Rechtsphilosophische Studien*, München, 1903, § 14, p. 93; BRUSA, *Dell'illecito civile e dell'illecito penale*, negli "Atti dell'Accademia delle Scienze di Torino", Torino, 1907, p. 5; MANZINI, *Trattato di diritto penale*, Torino, 1908, nº 90, p. 128.

(247) V. gli autori citati in MERKEL, *Kriminal. Abhandl.*, I, pp. 38 e 39. In questo senso sembrano pronunziarsi anche: BERNER, *Lehrbuch d. deutschen Strafrechts*, nella 6ª edizione, pp. 39 e segg., e, non molto chiaramente, HAELSCHNER nel "Gerichtssaal", 1876, pp. 420, 426; *Deutsches Strafrecht*, Bd. I, Bonn, 1881, p. 25 (v. però oltre nota 258). Contro: BRUSA, *Dell'illecito civile e dell'illecito penale*, p. 5; BINDING, *Grundriss. d. Strafr.*, p. 7.

(248) Così: LIEPMANN, *Einleitung in das Strafrecht*, Berlin, 1900, specialm. pag. 17.

mento *essenziale* e *costitutivo* del delitto e quasi delitto civile, come lo è del reato (art. 45 c. p.) (249).

Si è detto che la distinzione fra il reato e il torto civile si trova:

II) *nell'elemento obbiettivo*, vale a dire nell'*oggetto* e nella *forma dell'offesa*.

Più precisamente:

α) Si è considerato il reato come il torto *assoluto* (torto *in sè*, in qualunque circostanza, *in thesi*), il torto civile come il torto *relativo* (sotto circostanze e condizioni determinate, in *hypotesi*): quello violerebbe norme che non ammettono, questo norme che ammettono eccezioni (250). Ma non esistono norme giuridiche che non ammettano eccezioni. Ogni regola giuridica è regola con eccezioni e anche il torto penale è torto giuridico, non incondizionatamente e in qualunque circostanza, ma sotto condizioni e circostanze determinate (es.: legittima difesa, stato di necessità, ecc.) (251).

β) Si è considerato il reato come il torto *positivo*, il torto civile come il torto *negativo*: quello sottoposto a un *divieto*, questo a un *comando* (252). Ma esistono *reati di omissione* (che consistono in una *inazione*) (es.: art. 389, c. p.) e *fatti illeciti civili di commissione* (che consistono in una *azione positiva*) (253).

γ) Si è considerato il torto civile come violazione di norme che tutelano interessi patrimoniali; il reato come violazione di

---

(249) Per la confutazione della teorica del Liepmann, cfr. *retro* n° 36 e segg. e autori ivi citati.

(250) Così: Stahl, *Die Philosophie des Rechts*, Bd. II, II Abth., (3ª Aufl.), Abschritt IV, Kap. 7, pp. 695 e segg.; Unger, *System d. österr. Privatrechts*, Leipzig, 1892, § 109.

(251) Per la critica di questa teoria: Binding, *Die Normen*, Bd. I, § 39, I, 3, pp. 258-259 (il quale dice esser essa, per molti giuristi, la riserva da condursi al fuoco quando momentaneamente non basti l'esercito di prima linea); Merkel, *Krim. Abh.*, Bd. I, pp. 17-18; Liepmann, *Einleitung*, p. 6. Vedi anche Brunetti *Il delitto civile*, § 129, p. 283; Brusa, *Illecito civile e illecito penale*, p. 6.

(252) È uno dei criteri indicati dall'Heyssler, *Das Civilunrecht u. seine Formen*, Wien, 1870, p. 27, e dal Merkel, *Kriminal. Abhandlungen*, I, pp. 64-65.

(253) In questo senso: Binding, *Die Normen*, Bd. I, § 39, pp. 257 e 258. Vedi anche Ferrini, *Delitto e quasi delitto* (nel "Digesto Italiano"), n° 23, p. 740; Brunetti, *Il delitto civile*, § 128, p. 281 e segg.; Brusa, *Illecito civile e illecito penale*, p. 6.

norme che tutelano interessi diversi dagli interessi patrimoniali (254). Ma vi sono reati che violano norme dirette alla tutela di interessi patrimoniali (*reati patrimoniali*) e fatti illeciti civili contrarii a norme dirette alla tutela di interessi non patrimoniali, ma morali (es.: violazione di certi obblighi e diritti di famiglia, offese dei c. d. diritti di personalità, ecc.).

δ) Si è considerato il torto penale come violazione di norme di diritto pubblico, il torto non penale come violazione di norme di diritto privato (255). Ma vi sono fatti illeciti, non aventi conseguenze giuridiche penali (p. es.: fatti illeciti di diritto pubblico) i quali violano norme di diritto pubblico e tuttavia non sono reati. Inoltre, anche ammettendo la distinzione fra diritto pubblico e diritto privato, è da notare che ogni norma, anche di diritto privato, anche inserviente alla tutela di interessi privati e regolante rapporti fra privati, è emanazione dello Stato come potere sovrano ed è dettata sempre nell'interesse pubblico (256). Infine, vi sono reati che violano norme le quali servono, almeno immediatamente, alla tutela di interessi privati (es.: reati patrimoniali, reati contro la persona) e tuttavia non sono norme di diritto privato e nemmeno di diritto pubblico, in senso stretto, ma sono invece norme giuridiche speciali le quali, appunto perchè sono penalmente sanzionate, possono dirsi *penali*.

ε) Più particolarmente si è considerato il reato (reato patrimoniale) come violazione di un diritto reale, il torto civile come violazione di un diritto di obbligazione (o di credito) (257). Ma esistono torti civili che sono violazioni di diritti reali (es.: danneggia-

---

(254) Vedi l'esposizione di questa opinione in Merkel, *Krim. Abhandl.*, I, p. 1, e in Binding, *Die Normen*, Bd. I, § 39, p. 250; *Grundriss*, § 1, p. 7, e la critica *ivi*. Contro questa opinione anche: Brusa, *Illecito civile e penale*, p. 7.

(255) Vedi l'esposizione e la critica di questa teorica in Binding, *Die Normen*, Bd. I, § 39, p. 255, *sub* I.

(256) Ciò non autorizza però a distruggere la distinzione fra diritto pubblico e privato, come fanno implicitamente il Binding, *Die Normen*, Bd. I, § 39. p. 255, e il Ferrini, *Delitti e quasi delitti* (nel "Dig. It."), n° 23, p. 740, quando, confutando l'opinione in discorso, dicono che *ogni norma in sè è di diritto pubblico, e ogni violazione di norma, violazione di diritto pubblico.*

(257) Esposizione e critica della teoria in: Merkel, *Kriminal. Abhandl.*, I, 3, *d.*, p. 35; Binding, *Normen*, I Bd., § 39, p. 258; vedi anche: Brunetti, *Delitto civile*, § 129, p. 282.

mento colposo) e reati che sono violazioni di diritti di obbligazione o di credito (es.: inadempimento di obblighi nelle pubbliche forniture (art. 205, cod. pen.), bancarotta (art. 856 e seg., cod. comm.) (v. anche i reati di cui agli articoli 261 e 265, cod. mar. merc.; 190, cod. pen. mil.; 212, cod. pen. mil. mar.).

η) Secondo un'altra opinione il reato è violazione del puro diritto obiettivo, il torto civile è violazione soltanto o anche di un diritto subbiettivo (258). Ma non esiste diritto subbiettivo senza diritto obbiettivo e neanche diritto obiettivo senza diritti subiettivi: onde ogni violazione di diritto subiettivo è violazione del diritto obiettivo e viceversa (259).

θ) Altri distingue i torti di diritto pubblico dai torti di diritto privato, gli uni che violano diritti subiettivi pubblici, gli altri che violano diritti subiettivi privati. Il reato come sottospecie del torto giuridico pubblico sarebbe la imputabile violazione del diritto (subiettivo pubblico) di obbedienza dello Stato (260). — Ma esistono reati che, oltrechè violazione del diritto di obbedienza dello Stato, sono violazioni di diritti subiettivi privati (es.: reati patrimoniali) e esistono fatti illeciti non penali (fatti illeciti di diritto pubblico) che sono anch'essi offese di un diritto, generale o speciale, di obbedienza dello Stato.

---

(258) Cfr. Unger, *System d. österr. Privatrechts*, Leipzig, 1892, Bd. II, § 109; Haelschner, *System des preussischen Strafr.*, I, Bonn, 1858, p. 1 e segg.; *Die Lehre vom Unrechte und seinen verschiedenen Formen*, nel " Gerichtssaal ", 1869, pagine 11, 81: *Das gemeine deutsche Strafrecht*, Bd. I, Bonn, 1881, § 4, p. 30; Zücker, *Civil und Criminalunrecht*, nella " Zeitschrift " del Grunhut, Bd. IX (1882), pp. 492-504; Sjögren, *Zur Lehre von den Formen des Unrechts*, nei " Jahrbücher " di Jhering, Bd. XXXV, p. 357 e segg.; tra noi: Buccellati, *Istituzioni di dir. e proc. penale*, Milano, 1884, nn. 151, 193, 184 (v. retro n[i] 33 e 34).

(259) Vedi retro n[i] 33 e 34, la più ampia confutazione di questa teoria. Vedi anche n[i] 22, 37, 43, 55. Contro questa anche: Merkel, *Kriminalistische Abhandlungen*, Bd. I, 2, p. 11; Heyssler, *Das Civilunrecht u. seine Formen*, p. 13; Liepmann, *Einleitung in das Strafr.*, p. 6. Tra i nostri v. Ferrini, *Delitti e quasi delitti*, nel " Digesto Italiano ", n° 23, p. 740: Brunetti, *Delitto civile*, § 127, p. 280; Brusa, *Illecito civile e illecito penale*, p. 7; Manzini, *Trattato di diritto penale*, vol. I, n° 90, p. 127.

(260) Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Bd. I, 2ª ed., Leipzig, 1890, pp. 298, 299 e p. 308 e segg. — Per una critica, che non ci sembra sempre a proposito, di questa teoria, Liepmann, *Einleitung in das Strafr.*, pp. 12-13; v. anche Liszt, *Lehrbuch d. deutsch. Strafr.*, 10ª ed (1900), § 44, p. 170 nota.

ι) Si è considerato il reato come violazione *immediata* del diritto, il torto civile come violazione *mediata* di esso, cioè come offesa recata alla *volontà dello Stato,* espressa nel diritto, attraverso l'offesa della *volontà privata* del danneggiato (261). Questa distinzione non è che una riproduzione, sotto forma diversa, della distinzione indicata precedentemente, *sub η)*. D'altronde vi sono reati in cui trova applicazione la massima: *nulla iniuria est quae in volentem fit* (es.: reati patrimoniali) e può dubitarsi se ogni torto civile debba necessariamente esser posto in essere contro la *volontà privata* del danneggiato (così, p. es., rispetto a quei torti civili che consistono in offese della altrui personalità).

κ) Si è affermato che il reato è il torto produttivo di un *danno irreparabile (factum qui infectum fieri nequit),* il torto civile, il torto produttivo di un *danno riparabile* (262). Ma se riparabile si considera il *danno patrimoniale* e *irreparabile* quello non *patrimoniale,* la distinzione non regge, perchè vi sono reati che producono un danno (immediato) patrimoniale (reati patrimoniali) (263)

---

(261) Così Halschner, *Die Lehre vom Unrechte, und seine verschiedenen Formen,* nel " Gerichtssaal ", 1869, p. 11 e segg. (e nel " Gerichtssaal ", 1876, p. 401); *Das gemeine deutsche Strafrecht,* I, Bonn, 1881, p. 27, 452. Contro: Binding, *Grundriss d. deutschen Strafr.,* § 1, p. 7; *Normen,* I, § 39, n° 21; Brusa, *Illecito civile e illecito penale,* p. 7.

(262) Questo criterio della *riparabilità* o *irreparabilità del danno,* è assunto, solo *o insieme ad altri,* come criterio distintivo fra il *torto civile* e il *reato,* per esempio, dal Pessina, *Elementi di diritto penale,* vol. I. Napoli, 1882, § 46, pp. 152-153 (alquanto diversamente, vol. II, Napoli, 1883, § 83), dal Napodano, *Il diritto penale italiano nei suoi principî,* vol. I, Napoli, 1895, p. 66: " *irrimediabilità del danno antigiuridico* " (v. anche: Ruffo, *I fondamenti razionali della teoria delle pene,* Parma, 1900, p. 24). Vi accennano esplicitamente, sebbene incidentalmente, come ad *uno* dei criterî distintivi del reato dal torto civile, anche il Carrara, *Programma,* vol. I, parte generale, § 14; il Lanza, *Trattato teorico pratico di diritto penale,* parte 1ª; *Filosofia del diritto penale,* Bologna, 1895, § 947, p. 559; il Giorgi, *Teoria delle obbligazioni,* Firenze, 1895, vol. V, § 541, il Garraud, *Traité de droit pénal français,* tom. I, 2ª ed., Paris, 1898, n° 31, p. 61, e, tra i tedeschi, il Merkel, *Kriminalistische Abhandlungen,* pp. 66 e 67 (che pur nega in massima una distinzione fra l'illecito penale e civile). Vedansi anche lo Stahl e il Venezian citati *infra* a nota 264.

(263) Cfr. anche Stoppato, *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni,* Verona-Padova, 1896, p. 43. Vedi pure Brunetti, *Delitto civile,* § 147, p. 329 e § 145, p. 324.

e torti civili che producono un danno non patrimoniale (delitti o quasi delitti civili produttivi di un puro danno *morale*). D'altronde uno stesso fatto che produce un danno *patrimoniale*, epperò *riparabile*, può esser reato o torto civile a seconda che si presentano, o no, certe circostanze, diverse dalla riparabilità (p. es.: il danneggiamento, se doloso, è reato (art. 424 e 45 c. p.) ed è invece un fatto illecito civile (art. 1151 e seg. cod. civ.), se è puramente colposo). Se poi riparabile si considera anche il danno non patrimoniale, è evidente che non vi è più luogo a distinguere fra danno riparabile e danno irreparabile. Nè è a dirsi che il reato, a differenza del torto civile, produce un danno sociale mediato che è sempre irreparabile, perchè anche il torto civile genera un danno sociale mediato e il danno sociale mediato derivante dal reato è anch'esso riparabile, ogni qual volta è riparabile il danno immediato (cfr, *retro* n° 119).

λ) Si è affermato che il reato è il torto che produce un danno *a priori* e *potenzialmente irreparabile*, il torto civile quello che produce un danno riparabile potenzialmente ed effettivamente (264). Ma un bene o trova il suo equivalente economico (obiettivo, o, sia pure, subiettivo, cioè, edonistico) in un altro bene; o non lo trova. Nel primo caso la sua lesione, cioè, il danno, è *effettivamente riparabile*, nel secondo è *effettivamente irreparabile*. Danni *potenzialmente irreparabili*, in questo senso, non ve ne sono. Chè se l'irreparabilità dipende da circostanze accidentali, indipendenti dalla natura del bene e quindi del danno (p. es.: l'insolvibilità dell'autore del danno), è chiaro che manca ogni criterio per stabilire quando un danno è irreparabile, e quando no (265). Inoltre se fosse vero il criterio della irreparabilità potenziale, nei reati di danno riparabile (p. es.: nei reati patrimoniali), la avvenuta riparazione del danno dovrebbe escludere il reato e quindi la pena:

(264) Così lo Stahl, *Die Philosophie des Rechts*, cit., Bd. II, II Abth., § 185 e sopratutto: Venezian, *Danno e risarcimento fuori dei contratti* (lavoro, purtroppo, inedito ancora), n° 28 e segg.

(265) Lo stesso Venezian, *Danno e risarcimento*, n° 28 e segg., con grande sincerità scientifica confessa che il criterio della irreparabilità potenziale è insufficiente, incerto e di difficile applicazione perchè “in alcuni casi è già assai difficile di stabilire quando un torto *non sia riparabile*, tanto più quando sia *potenzialmente irreparabile*„.

mentre secondo il nostro diritto positivo (art. 433, c. p.) essa non ha che il valore di una *circostanza attenuante* (266).

μ) Si è detto che il reato è il torto giuridico produttivo di un *danno sociale e pubblico*, il torto civile quello che produce soltanto un *danno individuale e privato* (267). Ma se per danno si intende il danno direttamente risultante dall'azione è certo che vi sono reati produttivi di un danno (immediato) non sociale e pubblico, ma individuale e privato (reati contro i beni giuridici dell'individuo; es.: contro il patrimonio, la persona, ecc.) e vi sono, per contro, fatti illeciti non penali produttivi di un danno non individuale e privato, ma sociale e pubblico (in quanto ledono un interesse sociale o pubblico; p. es.: i fatti illeciti di diritto pubblico commessi dal privato). Se per danno sociale o pubblico si intende il danno *mediatamente* derivante dell'azione, è chiaro che ogni torto giuridico, anche privato, essendo violazione del diritto obiettivo — che è, non solo manifestazione della *volontà*, ma anche espressione dell'*interesse generale* e *sociale* (dello Stato) — *lede* necessariamente, per ciò stesso, *un interesse dello Stato*, e quindi, reca un *danno sociale* e *pubblico* (cfr. n° 119 e n° 132).

131. *B)* Altri scrittori negano ogni distinzione fra reato e torto civile o, che è lo stesso, ammettono una distinzione puramente *quantitativa*, non *qualitativa*, e affermano l'unità del concetto del torto giuridico come *azione umana imputabile ed illecita* (escluso quindi da esso il torto *obiettivo* o *incolpevole*) (268). Ma l'esistenza

---

(266) Ciò riconosce lo stesso Venezian, *Danno e risarcimento*, l. c. Non ci sembra esauriente la critica che allo Stahl e al Venezian muove il Brunetti, *Delitto civile*, § 131, pp. 287-289.

(267) Questo concetto della lesione dell'interesse sociale (o danno sociale) come criterio caratteristico del torto penale si trova più o meno chiaramente in una grande quantità di scrittori. Si cfr., ad es.: Pellegrino Rossi, *Traité de droit pénal*, vol. I, livre II, ch. I, p. 172; Laurent, *Principî di diritto civile* (trad. ital.), vol. XX, § 385; Pisanelli, *Commento al Codice di procedura civile*, vol. I, § 749; Ricci, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, vol. VI, n° 84; Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, V, § 141; Florian, *Dei reati e delle pene in generale*, Milano, 1901. p. 2; Ferrini, *Delitti e quasi delitti*, n° 23; Korkounov (trad. Tchernoff), *Cours de théorie général du droit*, Paris, 1903, § 31, p. 252.

(268) Primo ad affermare l'unità del concetto del torto giuridico come colpevole trasgressione della legge (" contrapposizione della volontà di una per-

di un concetto generale del torto giuridico, non impedisce di distinguere *qualitativamente*, e non già solo *quantitativamente*) il reato del torto civile, come il *genus proximum* non impedisce, e anzi implica, la possibilità della *differentia specifica*.

Come si concilia, infatti, l'unità del torto giuridico con la diversità delle conseguenze giuridiche del torto (pena e risarcimento)? Come possono dalla *stessa causa* derivare *effetti diversi*? (269). Si

---

sona capace alla volontà comune obiettivata nella prescrizione del diritto „) e a proporre, non più una *distinzione delle azioni illecite*, ma invece una *distinzione delle conseguenze giuridiche del torto*, fu il Merkel, *Kriminalistische Abhandlungen*, Bd. I, *Zur Lehre von den Grundeinteilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen*, Leipzig, 1867 (parte 1ª, *von dem Verhältnisse des strafbaren Unrechts und seiner Rechtsfolgen*, parte 2ª, *Die Lehre von Strafbaren Betruge*), p. 58 e segg. Lo segue Binding nella 1ª edizione delle sue *Normen und ihre Uebertretung*, Leipzig, 1872, p. 142 e segg.; e nello stesso senso anche: Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 18ª ed., Berlin, 1908, § 44, p. 189 e nota 1, secondo il quale il reato ha comune col torto civile tutti gli elementi costitutivi, e se ne distingue *sostanzialmente per la sua maggiore pericolosità* (criterio *quantitativo*) *formalmente per la sua conseguenza giuridica*. Questa, come attesta lo stesso Liszt, op. cit., l. cit. nota 1, è ormai l'opinione dominante in Germania. In quest'ordine di idee è anche lo Jhering, *Der Zweck im Recht*, I, Kap. VIII, p. 378 e segg. (e p. 292), e con lui: Heinze, *Strafrechtstheorien und Strafrechtsprinzip*. nell'“Holtzendorff's Handbuch des deutschen Strafrechts „, Berlin, 1871, I. 2. pp. 340-341 e nel “ Gerichtssaal „, 1869, p. 397 e segg.; Kohler, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 2ª Aufl., Berlin, 1905, § 83, p. 148 e segg., § 84, p. 152 e segg.; Berner, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 18ª Aufl., Berlin, 1898, § 2, p. 2; Berolzheimer. *Die Entgeltung im Strafrecht*, München, 1903, § 24, p. 205; Janka, *Das osterreichische Strafrecht*, 2ª ed., von Kallina, Wien, 1902, § 26, pp. 43-44; Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878, p. 1 e segg.; Dahn, *Vernunft in Recht*, Berlin, 1879. p. 175 e seg; Meyer (H.), *Lehrbuch des deutsch. Strafrechts*, Leipzig, 1895, § 4, pp. 22-23; *Die Gerechtigkeit im Strafrecht* nel “ Gerichtssaal „, 1881, p. 101 e segg. (vedasi anche anteriormente: Mittermayer nelle note alla 14ª ed. (Giessen, 1847) del *Lehrbuch* di Feuerbach, § 20, nota 6). Contrario a ogni distinzione fra reato e torto civile, sembra essere anche il Manzini, *Trattato di diritto penale*, vol. I, Torino, 1908, nº 89 e segg., p. 125 e segg. e esplicitamente il Civoli, *Manuale di diritto penale*, Milano, 1907, 2ª ed., nº 87, p. 207: “ l'ingiustizia punibile, che costituisce il reato, non va distinta dalla ingiustizia che dà esclusivamente luogo alla applicazione delle leggi civili, per una sostanziale diversità di natura, ma soltanto per una differenza quantitativa „.

(269) Per questa critica, anche: Binding, *Grundriss*, § 1, p. 8; Liepmann. *Einleitung in Strafr.*, p. 13 (critica a Liszt); Brusa, *Illecito civile e penale*, p. 4.

tenta di conciliare l'antitesi affermando che la diversità fra pena e risarcimento è solo apparente: risarcimento e pena non sarebbero, in sostanza, cose diverse, ma, secondo alcuni, il *risarcimento* sarebbe una *forma di pena* (270), secondo altri, la *pena* una *forma di risarcimento* (271).

La verità è, invece, che risarcimento e pena sono istituti giuridici i quali storicamente sorgono in contrapposizione l'uno dell'altro (272) e, nel diritto vigente, pur non escludendosi a vicenda, ma anzi potendo coesistere parallelamente come conseguenze giu-

---

(270) Così sopratutto: MERKEL, *Kriminal. Abhandl.*, I, I, 4 (B, *von den Rechtsfolgen des Unrechts inbesondere*, pp. 57 e segg., 59 e segg., 61 e segg.; e con lui: HEINZE, *Strafrechtstheorien u. Strafrechtsprinzip*, pp. 322, 328. Così pure: KIERULFF, *Theorie des gemeinen Civilrechts*, Altona, 1839, vol. I, pp. 229-230; LISZT, *Die Deliktsobligationen im System der bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin, 1898. § 1, p. 3. In senso non diverso: HORTEN, *Schadenersatz und Strafe*, Wien, 1905, pp. 17 e segg. Accenni a questo concetto sono anche in VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, n° 26; KUHLENBECK, *Von den Pandekten zum bürgerlichen Gesetbuch*, Berlin, 1899, 2 Th., § 15; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, vol. V, n° 159; LAURENT, *Principes de droit civil*, vol. XX, n° 530; WILLEMS, *Essai sur la responsabilité civile*, Paris et Louvain, 1896, p. 72; HUGUENEY, *L'idée de la peine privée en droit contemporain*, Paris, 1904, p. 251 e segg., e pp. 87-88. Dal punto di vista del *diritto costituendo* (che qui non interessa), la considerazione del risarcimento come una specie di pena, è comune assunto dei seguaci della scuola antropologica criminale. Così: FERRI, *Sociologia Criminale*, p. 550, § 67, pp. 679, 686; § 88, p. 847 e segg.; ANGIOLINI, *Dei delitti colposi*, Torino, 1901, p. 29; v. anche pp. 43, 46: *Colpa, risarcimento e pena*, in "Scuola Positiva", vol. IX, p. 449 e segg. (anche più esageratamente).

(271) In questo senso: WELCKER (K. T.), *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe*, 1813, p. 249 e segg.; *Die Universal und die juristisch politische Encicloрädie und Methodologie*, 1829, p. 573 e segg. Così anche: HEPP, *Darstellung und Beurtheilung der deutschen Strafrechtssysteme*, Bd. II (2ª ed.), Heidelberg, 1845, pp. 779-852; KLEIN, *Grundsätze des gemeinen deutsch. und preuss. Kriminalrechts*, 2ª ed., Halle, 1799, § 6; FRANK (Adolphe), *Philosophie du droit pénal*, 2ª ed., Paris, 1880.

(272) Per il diritto romano cfr. ISTITUT., *De actionibus*, IV, 6, §§ 16, 17, 18, 19. Cfr. su la distinzione, ivi accennata, delle azioni in *penali, reipersecutoriae e miste*: KIERULFF, *Theorie des gem. Civilr.*, pp. 172-173; BUONAMICI, *Storia della procedura civile romana*, Pisa, 1886, I, § 5, p. 162; ACCARIAS, *Précis de droit romain*, vol. II, n° 854; SAVIGNY, *Sistema di diritto attuale romano*, vol. V, § 210. Il SAVIGNY, *Das Obligationenrecht*, § 82, ritiene che nel diritto romano il risarcimento agisse come pena: ma questa opinione è combattuta efficacemente dal FERRINI, *Delitti e quasi delitti*, n° 28, pp. 744-745; n° 79, p. 767.

ridiche sorgenti da un medesimo fatto (273) si mantengono tuttavia l'un dall'altro essenzialmente distinti (274): distinti relativamente allo scopo e alla funzione rispettiva (riparazione, nell'uno, prevenzione, nell'altro), relativamente alla persona che può e deve prestarli, relativamente alla persona a cui favore debbono essere prestati e sopratutto relativamente a ciò che si deve prestare (275).

---

(273) Così il reato genera l'obbligo giuridico di sottostare alla pena e può generare al tempo stesso anche l'obbligo al risarcimento del danno che da esso eventualmente sia derivato (cod. proc. pen., art. 1).

(274) La coesistenza della pena e del risarcimento come conseguenze giuridiche nascenti talvolta da un medesimo fatto (che è ad un tempo reato e torto civile) non pare a noi argomento sufficiente per dedurne, come fa il Liszt, *Lehrbuch d. deutschen Strafrechts*, 18ª ed. (1908), § 44, p. 189, *sub* 2 (v. però § 58, p. 247), la niuna diversità *qualitativa* di queste conseguenze giuridiche e dei torti che le producono, e l'esistenza di una distinzione, puramente *quantitativa*, fra reato e torto civile. Il fatto che pena e risarcimento, e quindi reato e torto civile, non si escludono a vicenda, prova soltanto per noi che esistono, fra di essi, *caratteri comuni*. Ma l'esistenza di caratteri comuni fra il reato e il torto civile, fra la pena e il risarcimento del danno, non esclude l'esistenza di caratteri differenziali, come il *genus proximum* non esclude, ma suppone e implica la *differentia specifica* (cfr. più oltre il testo nº 132).

(275) Cfr. Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Bd. I, 2ª ed., Leipzig, 1890, § 41, p. 284 e segg.; *Grundriss des deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1902, § 88, p. 187, che ha il merito di avere, più efficacemente d'ogni altro, dimostrato, secondo le sue parole, la " *wesentliche Verschiedenheit von Strafe und Schadenersatz* „ (cfr. per un simile apprezzamento: Ferrini, *Obbligazione*, nella " Enciclopedia Giuridica „, vol. II, parte 1ª, nº 468, p. 766: Brunetti, *Delitto civile*, § 153, nota 5, che giustamente si meraviglia della contraria affermazione del Ferri (*Sociologia criminale*, 4ª ed., p. 676 e segg.) e del Puglia (*Della responsabilità penale per colpa e senza colpa*, nella " Scuola Positiva „, X, 1900, p. 380), i quali attribuiscono al Binding, l'opinione che non esista *alcuna differenza sostanziale* (!) fra risarcimento e pena. Per la contrapposizione del concetto di risarcimento al concetto di pena sono anche: Ferrini, *Delitti e quasi delitti*, nel " Dig. Ital. „, nº 24, p. 741 (v. anche: nº 25, nº 132, p. 802); Oetker, *Rechtsguterschutz und Strafe*, nella " Zeitschrift f. die ges. Strafrechtw. „, Bd. XVII (1897), p. 511 e segg.; Demogue, *De la réparation civile des délits*, Paris, 1898, pp. 12 e segg., 28 e segg.; Calderoni, *Forme e criteri di responsabilità*. Estratto dalla " Rivista di Psicologia applicata „, anno IV, nº 3, Bologna, 1908, specialm. pp. 6 e 19; Brunetti, *Delitto civile*, §§ 155 e 156).

Coloro stessi che concepiscono il risarcimento come una forma di pena, finiscono con l'ammettere una distinzione fra l'uno e l'altra. Così: Merkel, *Ueber das gemeine deutsche Strafrecht von Haelschner und den Idealismus in der Strafrechtswissenschaft*, nella " Zeitschrift f. die ges. Strafrechtw. „, Bd. I (1881),

Si è tentato di conciliare l'antitesi fra l'affermazione dell'unità del torto giuridico e quella della diversità delle sue conseguenze giuridiche dicendo che la pena è bensì una conseguenza giuridica del torto, non così il risarcimento del danno (276). Ma se esistono obblighi di risarcimento del danno nascente da fatti volontari leciti, es.: in base al principio: *nemo locupletari potest cum aliena jactura* (così nella *condictio indebiti*, nella *gestio negotiorum*, nell'espropriazione per pubblica utilità, ecc.) e anche obblighi di risarcimento del danno nascente da fatti involontari e quindi nè leciti nè illeciti (così detto *torto obiettivo* o *incolpevole* generante *responsabilità senza colpa*), è pur vero che esistono obblighi di risarcimento del danno nascenti da fatti illeciti (delitti o quasi delitti) civili, che sono cioè conseguenze giuridiche di veri e proprî torti giuridici (civili): onde, almeno per questi, resta la necessità di spiegare come l'indistinta unità del torto giuridico possa accordarsi con la diversità delle sue conseguenze giuridiche.

132. Secondo a noi pare, la distinzione fra il reato e il c. d. torto civile è *formale* e *sostanziale* insieme. *Formalmente* reato e torto civile si distinguono per la diversità delle loro conseguenze giuridiche (pena, risarcimento) e non solo per la diversità delle

---

p. 533 e segg., specialm. a pp. 583-584; HEINZE, *Strafrechtstheorien u. Strafrechtsprinzip*, p. 339; e LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 18ª edizione, Berlin, 1908, § 58, p. 247 (dove dichiara che la pena è *essenzialmente distinta* dal risarcimento, perchè questo deve sanare una ferita (della vittima) mentre quella deve sostanzialmente infliggere una nuova ferita (al delinquente). Così anche il VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, nº 26, p. 56, il quale, pur affermando che fra pena e risarcimento non esistono attualmente (e meno ancora esisteranno in seguito), differenze profonde, soggiunge che da ciò "non bisogna dedurre la *negazione di due specie distinte*" (Fra i seguaci della c. d. "scuola positiva", distingue in certo modo i due concetti anche il GAROFALO, *Relazione al III Congresso giuridico nazionale* (Firenze 1891) *sulla IV tesi, parte II*, negli "Atti del Congresso", Torino, 1897, p. 165, uno dei più ferventi propugnatori della funzione sociale del risarcimento e della equiparazione di esso alla pena). Distingue persino la pena *privata* dal risarcimento, l'HUGUENEY, *L'idée de la peine privée en droit contemporain*, Paris, 1904, pagina 21 e segg.

(276) Così: BINDING, *Die Normen u. ihre Uebertret.*, § 28, 1 (*Die Ersatzverbindlichkeit keine Deliktsfolge*), p. 433 e segg. Contro: FERRINI, *Delitti e quasi delitti*, nⁱ 16-18, p. 76 e segg.; nº 74, p. 741.

conseguenze giuridiche, ma anche per ciò che il reato è violazione, oltre che di un bene o interesse giuridico proprio del soggetto passivo (leso, offeso, danneggiato) anche del *diritto subiettivo pubblico di obbedienza politica penale*, che lo Stato ha verso tutti i cittadini in generale e che nasce dal comando o dal divieto penalmente sanzionato; mentre il torto c. d. civile è violazione di un diritto subiettivo del danneggiato (privato o anche pubblico) diverso dal *diritto subiettivo dello Stato alla omissione del reato. Sostanzialmente* poi il reato si distingue dal torto civile per ciò che dal primo risulta e dal secondo no, un *pericolo sociale mediato o indiretto* nel senso che fu da noi sin qui precisato (277). Reato e torto civile

(277) Questo criterio della esistenza o meno del pericolo sociale (così detto *danno sociale*, c. d. offesa della sicurezza sociale del Carmignani e del Carrara) come criterio distintivo del reato dal torto civile, serpeggia più o meno manifestamente avvertito, in quasi tutti i tentativi teorici di risoluzione del grave problema. Vi accennano esplicitamente: Carmignani, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, t. I, § 1, p. 203 (*Dei limiti i quali dividono il diritto penale dal diritto civile*); *Elementi di dir. crim.*. § 123; Carrara, *Programma*, parte gen., vol. I. §§ 14-17; Ellero, *Scritti minori*, Bologna, 1875, p. 78; Brusa, *Prolegomeni al diritto penale*, Torino, 1888, p. 63: *Dell'illecito civile e dell'illecito penale*, Torino, 1907, pp. 10, 11 e segg.; Stoppato, *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, Padova, 1896, p. 28 e segg.; Lanza, *Trattato di diritto penale*, parte 1ª, Bologna, 1895 (*Filosofia del diritto penale*), §§ 947-949, p. 559 e segg., e implicitamente tutti coloro in genere, che per distinguere il reato dal torto civile, fanno capo o al concetto della *irreparabilità del danno* o a quello della *insufficienza delle sanzioni civili a prevenire in massima i torti giuridici o a reagire ad essi adeguatamente*,, o a quello della *impotenza della difesa preventiva privata*, o a quello del *valore dei beni attaccati* o *della gravità dell'attacco*, o a quello del *maggior danno derivante dall'impunità in confronto della punizione*, e via dicendo (tutti, come ben si comprende, esponenti o fattori del *pericolo sociale*). Si confronti, ad es.: Ortolan, *Éléments de droit pénal*, Paris. 1863, t. I, nº 591-595; Pessina, *Elementi di diritto penale*, vol. I, § 46; vol. II, § 83; Napodano, *Il diritto penale italiano nei suoi principî*, Napoli, 1895, § 5, pp. 64, 66; Masucci, *Intorno alla incriminabilità delle frodi contrattuali*, nella " Riv. Penale ", vol. XXVIII (1888), nn. 40-41, pp. 515-520; nº 42, p. 521; *L'essenza obiettiva del reato*, negli " Scritti pel 50º anno di insegnam. del Pessina ", vol. II, pp. 347-366; Canonico, *Del reato e della pena in generale*, Torino, 1873, pp. 4-5; Tolomei, *Diritto e procedura penale*, Padova, 1874, I, pp. 205-206; Proal, *Le crime et la peine*, 3ª ed., Paris, 1899, p. 492; Puglia, *Manuale di diritto penale*, Napoli, 1895, p. 22 e segg.; Carnevale, *Ragione del diritto di punire*, nella " Riv. Pen. ", vol. LXV, fasc. II, Torino, 1907, Estr. nº 7, pp. 15-16; Venezian, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, nº 27, 28 e segg.; Garraud, *Traité théorique et pratique*

hanno, dunque, caratteri *comuni* e caratteri *differenziali*. Ambedue sono *torti giuridici*, che è quanto dire: *azioni umane imputabili* (per dolo o colpa) *giuridicamente illecite e dannose* (realmente o potenzialmente). Ma mentre il reato ha per effetto indiretto e mediato un *pericolo sociale*, nel senso sopra accennato, il torto civile non produce indirettamente *alcun pericolo sociale*. Pertanto l'uno genera la conseguenza giuridica di una pena, l'altro, la conseguenza giuridica del risarcimento del danno (Il reato dal punto di vista *formale*, potrebbe perciò definirsi: *il fatto illecito o torto giuridico, al quale, come a sua causa, il diritto obiettivo ricollega la pena, come conseguenza giuridica*; dal punto di vista *sostanziale*: *l'azione umana imputabile, illecita e dannosa, indirettamente produttiva e rivelatrice di un pericolo per l'esistenza della società giuridicamente organizzata*).

Per persuadersi della verità del criterio distintivo che abbiamo affermato (esistenza, del reato, e inesistenza, nel torto civile, del *pericolo sociale mediato*), giova por mente, da un lato, a quei

---

du droit pénal français, 2ª ed., tom. I, Paris, 1898, n° 31, pp. 60-61; *Précis de droit criminel*, 7ª ed., Paris, 1901, n° 7, pp. 6 e 7.

Anche tra coloro che negano, in massima, la distinzione fra reato e torto civile si trovano accenni al concetto del *pericolo sociale* come qualcosa di caratteristicamente proprio del reato: così: Merkel, *Kriminalistische Abhandlungen*, Leipzig, 1867, Bd. I, p. 67 e 68 (dove dice che il disprezzo del diritto che si manifesta nel fatto costituente il reato varca la sfera della persona immediatamente lesa turbando più o meno intensamente il *generale sentimento della sicurezza*); Jhering, *Der Zweck im Recht*, I, p. 292 e segg., p. 378 e segg. (e particolarmente nella sua definizione del reato come *pericolo per le condizioni di vita della società*); Liszt, *Lehrbuch d. deutschen Strafrechts*, § 44, p. 180 e nota 1 (che definisce il reato come una offesa agli interessi giuridicamente tutelati *specialmente pericolosa* per l'ordine giuridico secondo il punto di vista del legislatore). Questi scrittori sono indotti a negare la distinzione fra reato e torto civile soltanto da ciò che la valutazione del pericolo sociale è un apprezzamento di *politica sociale*, come dice lo Jhering, o, come dicono altri, di *politica criminale*: ciò che è vero, ma non autorizza a negare il criterio del pericolo sociale come criterio distintivo fra reato e torto civile, ma solo a riconoscere che esso è un criterio *relativo* e *variabile*: che però, si noti, diventa un criterio *fisso* e *sicuro*, una volta che il giudice tenga presente la valutazione che il legislatore ha già fatto di questo pericolo sociale e *nel singolo caso e di fronte al singolo individuo* decida, per usare le parole di Aristotile, " come lo stesso legislatore avrebbe giudicato, se fosse stato presente ".

fatti illeciti che producono conseguenze giuridiche puramente civili (i così detti *delitti puramente civili*: inadempimento di una obbligazione contrattuale, *fraus creditorum*, lite temeraria, seduzione, concorrenza sleale, ecc.), dall'altro a quei fatti illeciti (reati) che producono conseguenze puramente penali (es.: i delitti di pericolo, i delitti (di danno) tentati o mancati), mettendo da parte quei fatti illeciti che sono, ad un tempo, torti penali e torti civili e producono insieme conseguenze di diritto penale e di diritto privato (p. e., delitti patrimoniali, e anche omicidio, lesione personale, ecc.), nei quali naturalmente i caratteri del reato e del torto civile, per la loro unione in un medesimo fatto, inevitabilmente si confondono fra di loro (278).

Considerando, adunque, i così detti *delitti puramente civili*, di cui l'*inadempimento di una obbligazione contrattuale* è tipico esempio, appare evidente come da essi in nessun modo si sprigionino quegli effetti psicologici, dal cui complesso risulta il pericolo sociale. Se il compratore non paga il prezzo della cosa venduta; se il mutuatario non restituisce alla scadenza la somma avuta a mutuo, indubbiamente vi è un *danno individuale e privato* (danno immediato); quello di colui (venditore, mutuante) verso il quale l'obbligazione non fu adempiuta; e vi è anche un *danno sociale e pubblico* (danno mediato), consistente nella *lesione dell'interesse*, che lo *Stato* ha, a che si paghino le cose acquistate e si restituiscano le somme avute in prestito: l'interesse, insomma, a che siano adempiute, in genere, le obbligazioni contrattualmente assunte: *interest rei publicae*, infatti, che i patti siano osservati *(pacta sunt servanda)*. Ma in nessun modo l'inadempimento della obbligazione contrattuale genera nel debitore inadempiente, nel creditore insoddisfatto, e nei terzi, cioè, nel pubblico in generale, quel pericolo di riproduzione dello stesso, di analoghi o di diversi e più gravi fatti, che costituisce una permanente, prossima o remota, minaccia per la coesione giuridica dell'organismo sociale. Non da esso deriva, infatti, per il tramite dell'abitudine, del piacere dello scopo raggiunto, dell'affievolita energia dei motivi altruistici e sociali, dell'accresciuta forza dei

---

(278) Per questa tripartizione dei torti giuridici (torti puramente penali o puramente civili o civili e penali insieme) si veda anche: LISZT, *Lehrbuch d. deutsch. Strafrechts*, 18ª ed. (1908), § 44, pp. 188-189.

moventi egoistici e immorali, e via dicendo, il pericolo della recidiva e della professionale abitudine di mancare ai contratti. Non da esso deriva il timore, e tanto meno lo sgomento, che si prova in faccia a un individuo capace di delinquere, nè il risentimento e tanto meno la collera, l'ira, l'odio, l'orrore verso l'autore del fatto, che genera, in maggiore o minor misura, il reato, nè il desiderio della vendetta e la brama dell'altrui sofferenza che quest'ultimo produce anche nel cittadino naturalmente non proclive a mal fare, nè, quindi, in definitiva, quel pericolo di vendette private che, traverso le modificazioni psicologiche prodotte nell'animo della vittima e dei suoi appartenenti, appare, più o meno vivo e sentito, al sorgere del reato. Nemmeno si sviluppa, per effetto della mancata osservanza del contratto, quella forza psicologica dell'imitazione e dell'esempio, quella seduzione e quel fascino che il delitto trae con sè per gli spiriti deboli o depravati. quell'incuoramento a mal fare, dal cui insieme sorge e si propaga il pericolo del contagio e della epidemia criminale. Nè, infine, per l'inadempimento dell'obbligo contrattuale, sorge nella coscienza del pubblico, in generale, il rancore e l'indignazione, l'avversione e la ripulsione, che si prova verso un essere moralmente e socialmente dissimile, il timore, e talvolta il terrore, di vedersi esposti al pericolo di nuovi danni ed offese da parte dell'autore del fatto e dei malintenzionati tratti ad imitarne le gesta, l'impulso a farsi privatamente giustizia, insomma, quel pericolo, più o meno grave e avvertito, di pubbliche reazioni e rappresaglie che è caratteristica conseguenza del reato in generale. Tutti questi sono effetti psicologici che il *reato*, e in particolare il *delitto* cagiona (279): non già l'inosservanza del contratto e, in genere, il torto puramente civile. Si è voluto negarlo, e si è affermato per contro, che anche il torto puramente civile, anche l'inadempimento, in ispecie, degli obblighi contrattuali, ha virtù produttiva di *pericolo sociale*: che la differenza è soltanto nell'intensità, nella gravità ed importanza, di questo pericolo, non già nella esistenza, o non esistenza di esso: una differenza, *quantitativa*, dunque, non *qualitativa*. " Perchè mai, dice, ad esempio, lo JHERING, la legge minaccia di pena certi atti ad

(279) Ma anche, sebbene in minor grado, la contravvenzione: cfr. *retro* n° 111, p. 172 e oltre nota 283.

essa contrari e certi altri lascia esenti da pena? Gli uni come gli altri costituiscono inosservanze del diritto, e se questo è l'insieme delle condizioni di vita della società, gli uni e gli altri vi portano offesa. Se i contratti di vendita non fossero eseguiti, se i prestiti non fossero rimborsati, la società non potrebbe esistere, come non lo potrebbe se i cittadini si assassinassero o derubassero fra di loro „ (280). E similmente il Venezian; “ Ogni torto costituisce un pericolo sociale: la società si dissolverebbe se qualunque specie di torto potesse prevalere sul diritto e pur non qualunque specie di torto è soggetta ad una pena pubblica. Non si potrebbe pensare una società in cui i ladri esercitino liberamente la loro industria; ma non si potrebbe pensare neppure una società in cui, chi prende dei danari a prestito, non senta il dovere di restituirli, in cui, chi vuole, possa introdursi e stabilirsi nel terreno occupato da altri, in cui, chi mette al mondo dei figliuoli, non pensi a mantenerli „ (281). Ora, che il torto civile produca, anch'esso indirettamente, come il reato, un *danno pubblico e sociale*, è vero, e noi lo abbiamo affermato (282): ma esso non produce già mediatamente un *pericolo sociale*. Non bisogna confondere il danno sociale col pericolo sociale e chiamar danno quello che è invece un pericolo e un pericolo di ben diversa natura. Altro è il *danno sociale*, altro il *pericolo sociale*, mediato o indiretto. Quello è l'offesa dell'interesse (indiretto, secondario) dello Stato alla tutela di quel particolare bene o interesse

(280) Cfr. Jhering, *Der Zweck im Recht*, Bd. I, p. 379.

(281) Cfr. Venezian, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, § 27, p. 57. Non diversa è l'opinione del Civoli, *Manuale di diritto penale*, Milano, 1907 (2ª ed.), nº 87, p. 207: “ Anche la semplice ingiustizia civile produce invero in una certa misura, oltre ad un danno privato, direttamente risentito da colui al quale è negato quanto gli compete un danno sociale analogo a quello prodotto dalla ingiustizia punibile, per quanto meno intenso. Se infatti un debitore di mala fede dopo essersi con promesse mendaci di restituzione fatta imprestare una somma, alla scadenza convenuta si rifiuta di soddisfare il creditore, non può non restarne scossa nel pubblico la fiducia nella solidità dell'impero esercitato dal diritto sull'uomo: gli abbienti diverranno timorosi di non poter neppur essi, a lor volta, ottenere quelle prestazioni, a cui altri sono verso di loro tenuti; quelli che sono poco disposti ad osservare il proprio dovere, potranno esser sedotti dal cattivo esempio inerente a tal fatto „. Vedi anche: Brunetti, *Delitto civile*, Firenze, 1906, § 147.

(282) Cfr. anche Merkel, *Kriminal. Abhandl.*, p. 61.

di quel particolare soggetto che è direttamente e immediatamente leso o minacciato dalla azione delittuosa. Questo è la minaccia che a tutti i beni e gli interessi di tutti indistintamente i cittadini (e, per conseguenza, anche all'interesse generale dello Stato alla tutela di essi unitariamente considerati), arreca il complesso dei reati che possono nell'avvenire commettersi da tutti i cittadini in generale, in conseguenza, non solo delle cause in genere (fisiche, biologiche e sociali) che hanno influenza su la produzione della criminalità, ma anche e specialmente di quella particolar causa che è l'avvenuta, effettiva apparizione del reato nell'ambiente sociale. L'uno, il danno sociale, è un effetto, ormai passato, del reato, che nessun legame ha con l'avvenire; l'altro, il pericolo sociale, è un effetto che si lega bensì, anch'esso, al passato, cioè al reato commesso, ma al reato avvenuto nelle sue relazioni con i reati avvenire, e che quindi esiste, non nel passato, ma nel presente. Figlio del reato passato, esso è padre del reato futuro e, come tale, non appartiene al passato, come non appartiene al futuro, ma vive nel momento attuale e presente: è un pericolo *imminente*: il *pericolo*, nascente dal reato commesso, della *criminalità* nel suo complesso, dalla quale veramente e unicamente può risultare la dissoluzione dell'organismo sociale. Il danno sociale mediato è bensì nel torto civile, come è nel reato, non così il pericolo sociale mediato, che è proprio del reato, e del reato soltanto.

Certo, la abituale e sistematica commissione di fatti illeciti, anche puramente civili, non è compatibile con l'esistenza di una società civile. Certo non potrebbe esistere una società in cui i cittadini normalmente mancassero agli obblighi contrattualmente assunti o altrimenti imposti dalla legge civile. Ma non perciò è detto che il torto civile rechi in sè la potenza produttiva di nuovi torti giuridici, che è propria del reato. Se al fatto illecito civile già commesso si legasse, come a sua causa, il pericolo della sua riproduzione nell'avvenire, si avrebbe allora ragione di dire che, non solo il reato, ma anche il torto civile, ha virtù di creare un *pericolo sociale*. Ma poichè al torto civile non sono inerenti, come al reato, gli effetti psicologici da cui nasce la possibile indefinita riproduzione del torto, è inesatto affermare che dal torto civile discende, come dal reato, un pericolo sociale. Indubbiamente anche i torti civili possono seguirsi e ripetersi, perchè anch'essi, come i reati, come ogni azione umana in genere, hanno *cause* che li de-

terminano, cause, anch'esse, di ordine fisico o biologico o sociale. Ma fra queste cause (ed ecco la differenza) non trova posto quella desunta dalle modificazioni psicologiche che la singola azione illecita, apparsa nel mondo esteriore, genera nella coscienza degli uomini dal cui insieme risulta l'ambiente sociale.

133. Se non che l'affermare che il reato si distingue *sostanzialmente* dal torto civile per ciò che il primo genera, e l'altro no, un *pericolo sociale*, non solo non impedisce la possibilità, ma impone, anzi, la necessità di una ulteriore domanda. Quando esiste, e quando, invece, non esiste, il pericolo sociale ? La risposta a questa domanda non può esser data se non tenendo presente l'esame, da noi già fatto, degli aspetti e dei fattori del pericolo sociale. Compendiarla in un'unica formola, non è possibile. Possibile è solo indicare, per via di esemplificazione, alcuni casi in cui più evidentemente appare all'osservatore dei fenomeni sociali l'esistenza di tale pericolo. Così potrà dirsi che il pericolo sociale esiste:

a) quando il bene direttamente leso o minacciato dalla azione *non è*, per sua natura, trasformabile in altro bene ad esso economicamente equivalente (equivalenza *obiettiva* fra due beni economicamente valutabili, quale si ha nel risarcimento del danno patrimoniale, non equivalenza *subiettiva* fra beni *succedanei*, cioè equivalenza *edonistica* fra una *soddisfazione* e un *dolore*, quale si ha nel risarcimento del c. d. danno morale): e quindi allorchè il danno immediato e diretto, *non è per sua natura*, e in vero e proprio senso, *riparabile* (così, p. e., nei reati contro la persona e in genere nei reati contro la società e lo Stato):

b) quando, pur essendo il danno per sua natura riparabile, la riparazione non può avvenire per circostanze accidentali estranee alla natura del bene in sè e dipendenti dal modo di essere dell'azione o dell'autore di essa (p. e. per insolvibilità della persona, come avviene in genere nei delitti patrimoniali, i cui autori sono solitamente privi di patrimonio);

c) quando il bene direttamente leso o minacciato ha un valore singolarmente elevato nella scala dei beni, sia perchè proprio dello Stato o di tutti i cittadini (società) sia perchè, pur essendo proprio del singolo, la sua importanza trascende la persona stessa del soggetto e si estende a tutta la collettività (così nei reati contro

la società e lo Stato e in certi reati contro l'individuo: es. reati contro la persona);

d) quando la natura dell'offesa, per sè o per le circostanze che l'accompagnano o la seguono o la precedono, assume carattere di speciale gravità. Così nelle offese commesse con frode o con violenza o clandestinamente o profittando dell'altrui errore (ciò che avviene, di regola, nei reati patrimoniali); nelle offese accompagnate da circostanze che costituiscono per sè stesse lesioni, talvolta irreparabili, di altri beni e interessi eventualmente più importanti di quello che forma oggetto della offesa; nelle offese accompagnate da modalità di tempo, di luogo e di persone che valgono ad aumentarne la gravità (es.: tempo di notte, luogo pubblico, concorso, associazione e accordo di persone, qualità, uffici, e funzioni della persona offesa ecc.);

e) quando il danno è di sua natura *diffondibile* a un numero indeterminato di persone (così nell'incendio, nell'inondazione e in altri *delitti di comune pericolo*);

f) quando il fatto ha un *valore sintomatico generale* singolarmente grave, quando, cioè, la frequenza e il numero di certe azioni illecite attesta l'esistenza di *cause sociali* di esse, singolarmente numerose e frequenti, per cui sorge il pericolo del cronico riprodursi delle azioni medesime; e sopra tutto:

g) quando il fatto nel suo elemento obiettivo e subiettivo (dolo e motivi dell'azione) ha un *valore sintomatico speciale*, cioè rivela, per sè medesimo, nel suo autore, un carattere immorale ed antisociale e una personalità socialmente pericolosa e temibile: ciò che avviene, per regola, nei reati (283) e non avviene, invece, nei torti puramente civili (ciò spiega, p. e., perchè il danneggiamento doloso costituisce un reato, mentre il danneggiamento colposo costituisce un torto civile).

Tutte queste circostanze, ed altre che si potrebbero con facilità

(283) Non solo nei delitti, ma anche nelle contravvenzioni; cfr. Impallomeni, *Istituzioni di diritto penale*, Torino, 1908, p. 104, che adduce come esempi di contravvenzioni che indicano perverse disposizioni e abitudini il porto d'armi abusivo, l'ammasso d'armi, l'oziosità e il vagabondaggio, il possesso ingiustificato di valori, l'improba mendicità. Ritiene, invece, che le contravvenzioni non siano mai sintomo di alcun pravo o pericoloso temperamento, il Seuffert, *Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland*, München, 1902, p. 21 e segg.

enumerare (284), possono presentarsi sole o unite fra loro o con altre circostanze. La presenza di una soltanto di esse, attesta la presenza del *pericolo sociale*, e quindi, del *reato*: ma la mancanza di una soltanto o di qualcuna di esse non attesta, senz'altro, la esistenza di un torto puramente civile. Perchè ciò sia, occorre, invece, che *nessuna* di esse si presenti. Se ciò non avviene, noi ci troviamo dinanzi ad un torto che, o produce soltanto conseguenze giuridiche penali, ovvero genera a un tempo conseguenze giuridiche penali e altre conseguenze giuridiche che non sono pene. Così se il danno è *riparabile*, non per questo esiste necessariamente un puro torto civile, potendo, per altre circostanze diverse dalla irreparabilità del danno (come quelle indicate *sub b), d), f) g)*), sorgere il pericolo sociale, e quindi il reato. In tal caso il reato è però sempre ad un tempo un delitto o un quasi delitto civile e genera, oltre l'obbligo della pena, l'obbligo al risarcimento del danno.

134. La considerazione del pericolo sociale, mediato o indiretto, risultante dal reato non porta solo a distinguere il reato dagli altri torti giuridici, non produttivi di conseguenze giuridiche penali, ma conduce altresì a discorrere, sia pur brevemente, della distinzione del *reato* dal *fatto dannoso* del *giuridicamente* (penalmente) *incapace* (penalmente inimputabile ed irresponsabile): cioè da quel fatto dannoso che sarebbe reato e darebbe luogo alla conseguenza giuridica di una pena, se fosse commesso da persona sana e matura di mente e quindi capace nel senso del diritto penale, mentre non è reato e non dà luogo alla conseguenza giuridica di una pena, ma, invece, ad altre conseguenze giuridiche diverse dalle pene, se commesso da persone, per infermità o immaturità di mente, giuridicamente incapaci di volere e di agire con effetti giuridici penali (cod. pen., art. 46, 48, 53, 54 principio, 57, 58 principio). Si è già notato come il pericolo sociale mediatamente *risultante* dal reato, essendo soprattutto connesso all'elemento subiettivo del reato (dolo o colpa), naturalmente non si associ a

(284) Cfr. in proposito: Liszt, *Lehrbuch d. deutschen Strafrechts*, Berlin, 1908, § 44, p. 189, *sub* 2; Impallomeni, *Istituzioni di diritto penale*, Torino, 1908, pp. 94-96, v. anche 104 e segg.

quegli eventi dannosi che son prodotti da un puro caso fortuito, ovvero sono bensì il risultato di un fatto umano, ma del fattodi una persona penalmente incapace (minore, pazzo) assimilabile al caso fortuito quanto agli effetti giuridici che possono derivarne (*retro* n° 125). Anche si è notato come l'importanza così detta *sintomatica* del reato sia una importanza non caratteristicamente propria ed esclusiva delle azioni criminose, ma un' importanza che esse hanno in comune con altre azioni, e particolarmente appunto con le azioni dannose degli incapaci (minori, pazzi) e che, come tale, non vale per sè stessa a convertire in reato una azione anche immediatamente produttiva di danno (*retro*, n° 129). Ciò significa:

1° che le azioni dannose degli incapaci di diritto penale, cioè dei minori e degli infermi di mente, sono azioni che, pur potendo valere, e spesso valendo come prova di una individualità socialmente pericolosa e temibile (arg. art. 46 capov. cod. pen.) non producono, tuttavia, nella coscienza dei consociati in genere (e neppure in quella della vittima e tanto meno in quella dell'autore del fatto dannoso) modificazioni psicologiche tali da generare, come effetto, mediato e indiretto, dell'azione dannosa un pericolo di riproduzione dell'azione stessa o di altre azioni del genere da parte dell'autore del fatto o di altri individui a lui psichicamente assimilabili o anche da lui psicologicamente dissimili.

2° Che tali azioni possono, dunque, eventualmente avere in comune con le azioni che chiamiamo reati, quell'*importanza* che abbiamo detto *sintomatica* (speciale);

3° Che esse non possono mai assumere, *tutta intera*, *l'importanza* così detta *causale* che è propria dei reati, in quanto che, se pure possono produrre un danno e un pericolo diretto per la vittima dell'azione, non possono mai portar seco, come effetto indiretto, quel *pericolo sociale mediato* che è caratteristica conseguenza (psicologica) del reato: ciò che spiega appunto perchè una *medesima* azione, anche produttiva di danno, sia, o non sia, reato, a seconda che è commessa da una persona sana e matura di mente, epperò giuridicamente capace nel senso del diritto penale, ovvero da una persona di mente inferma o immatura, epperò giuridicamente incapace dal punto di vista del diritto penale.

Quest'ultima affermazione non è scevra di qualche dubbio che conviene qui eliminare. Certamente l'azione del pazzo o del fan-

ciullo, appunto perchè anch'essa atta a rivelare talvolta nel suo autore una individualità socialmente pericolosa e temibile, può anch'essa produrre, e produce, un sentimento di paura, e talora anche di sgomento e di allarme, nell'animo, non soltanto della vittima, ma del pubblico in generale. Ma non per ciò è lecito affermare che dall'azione dannosa del pazzo o del fanciullo derivi, come dal reato, un pericolo sociale mediato o indiretto, nel senso che fu da noi precisato. L'allarme sociale, anzi tutto, non è, lo si è già detto, se non *uno* dei multiformi effetti psicologici che il reato cagiona, e dal cui insieme sorge il pericolo di nuovi reati, cioè il pericolo sociale, mentre, accanto ad esso, molti altri effetti psicologici vi sono, come l'incoraggiamento del reo a mal fare, il contagio dell'esempio e della imitazione, il risentimento e il conseguente desiderio di vendetta e di rappresaglia e via dicendo, che invano si ricercherebbero tra gli effetti psicologici e sociali dell'azione del pazzo e del fanciullo (285). Ma inoltre vi è differenza fra l'allarme sociale prodotto dall'azione dannosa del pazzo o del fanciullo e l'allarme sociale prodotto dal reato di persona sana e matura di mente. L'uno, infatti, è relativo al pericolo di ripetizione del fatto dannoso da parte esclusivamente dell'autore del fatto, l'altro è relativo al pericolo di nuovi reati in genere, da parte, non soltanto del reo (pericolo di recidiva e di delinquenza abituale), ma di tutti i cittadini in generale, sia sotto forma di contagio psicologico criminale, sia pure sotto forma di vendette o di rappresaglie criminose. L'uno fa, dunque, riscontro alla pericolosità della persona, l'altro fa riscontro, non soltanto alla pericolosità della persona, ma anche alla pericolosità del fatto, che è quanto dire al pericolo, da esso nascente, di nuovi reati da parte di tutti e contro tutti i cittadini.

---

(285) Si cfr.: Lucchini, *Le droit pénal et les nouvelles théories*, Paris, 1892, cap. X, specialm. p. 384; Alimena, *Imputabilità e causalità*, Modena, 1904, e più recentemente: Calderoni, *La volontarietà degli atti e la sua importanza sociale*, Estratto dalla " Rivista di Psicologia applicata alla pedagogia e alla psicopatologia ", anno III, n° 4, Bologna, 1907, specialm. p. 4 e segg. Per l'assimilazione dei danni recati dalle azioni degli incapaci a quelli prodotti da caso fortuito, sono in genere gli oppugnatori del concetto del *torto obiettivo o incolpevole* specialmente il Binding e il Merkel (vedi retro gli autori citati al n° 36 nota 10).

D'altronde anche l'affermazione che il reato abbia in comune con l'azione dannosa del pazzo e del fanciullo quell'importanza che abbiamo detta *sintomatica* (importanza sintomatica " speciale „), non va intesa in modo assoluto. Anche qui è da distinguere, infatti, fra uno ed altro *valore sintomatico* di un'azione. Altro è l'*importanza sintomatica* che può rivestire il reato e più particolarmente il delitto, come prova del " *carattere* „, della " personalità psicologica „ del reo; altro l'*importanza sintomatica* che può rivestire l'azione del pazzo o del fanciullo come prova, non dirò del carattere, e neppure della personalità, ma soltanto della potenza nocevole del suo autore. Certamente l'una e l'altra consistono in ciò che il fatto può valere come *prova* o *sintomo* in base al quale è possibile, a così dire, la *diagnosi* di un soggetto. Certamente l'una e l'altra si riferiscono, perciò, a una " *causa* „ di pericolo per la società, attestano nell'individuo una potenza produttiva di danni individuali e sociali. Ma mentre l'una rivela un pericolo nascente da una *causa volontaria* (epperò veramente *umana*) perchè riposta in un uomo sano e maturo di mente (capace di intendere e di volere), l'altra rivela un pericolo nascente da una *causa* che di *umano* non ha altro che l'aspetto, un pericolo che nasce bensì da un uomo, ma di quelli che il ROMAGNOSI diceva *non-valori* umani. Per ciò, mentre l'una attesta realmente del " carattere „, come unità psichica della persona, della *personalità*, come autonoma forza di pensiero, di sentimento e di volontà, e di una personalità ribelle alla disciplina giuridica della vita sociale, l'altra attesta soltanto l'esistenza di una *causa fisica* (e non già psichica) di danni per la società, nè più nè meno che il morso venefico dell'animale, la rovina di una frana, la caduta di un fulmine, lo straripamento di un torrente, non sono soltanto danni, ma stanno altresì ad attestare permanenti cause di danni individuali e sociali (286).

135. Non soltanto il danno o il pericolo immediato o diretto nè soltanto il danno mediato, ma anche il pericolo mediato (pericolo sociale) ha bisogno di essere, come ogni altro pericolo, rilevato, valutato, e quindi *giudicato*. Esiste dunque un *giudizio sul pericolo sociale* mediatamente derivante dal reato. E poichè così il danno

(286) Vedi per questa analogia: LUCCHINI, *Le droit pénal*, p. 335.

e il pericolo immediato che il danno sociale mediato sono, essi stessi, esponenti e fattori del pericolo sociale mediato, così è evidente che il giudizio su quest'ultimo suppone e include in sè anche la valutazione degli uni e dell'altro. Il giudizio sul pericolo sociale mediato, come ogni altro giudizio di pericolo, può immaginarsi: *a*) come giudizio di un singolo individuo o di più determinati individui (più precisamente come giudizio della vittima del reato e dei suoi appartenenti); *b*) come giudizio di tutti i cittadini non direttamente offesi dal reato (società). Il primo è il *giudizio individuale*, il secondo il *giudizio collettivo* del pericolo sociale: il primo non ha o non può aver valore altro che per il soggetto da cui emana; il secondo ha un valore generale cioè ha valore rispetto a ogni singolo soggetto. Se il giudizio del pericolo sociale fosse affidato alla vittima del reato o in genere a quelli i cui interessi sono direttamente offesi dal reato, si comprende come esso diverrebbe schiavo dell'interesse partigiano e passionato delle parti offese e sarebbe asservito a uno scopo di vendetta privata. È dunque evidente che non al singolo o ai singoli offesi può lasciarsi questo giudizio; onde il giudizio sul pericolo sociale, di cui si ha da tener conto, non può essere se non un giudizio sociale. Ma quale giudizio sociale? Non è da dimenticare che il pericolo sociale, appunto perchè tale, è pericolo per tutta la società, minacciata dal reato, in sè e nei singoli individui che la compongono. Da un certo punto di vista può, dunque, dirsi che la società è, essa stessa, sebbene indirettamente, offesa dal reato e si trova, di fronte ad esso, in una posizione non diversa da quella del soggetto direttamente colpito: è essa stessa, cioè, *parte lesa* (287). Come tale il giudizio della società su l'esistenza del pericolo sociale non può non essere schiavo, anch'esso, dell'interesse di parte cioè del sentimento collettivo di timore e di sgomento che si genera nella società per effetto del reato, del sentimento di odio e di collera che conduce le masse alle rappresaglie brutali e alle giustizie sommarie. Il giudizio della società su l'esistenza del pericolo sociale, in sè o nel fatto che lo origina, per essere *obiettivo* ed *impersonale*, non può dunque esser emesso, al momento della commissione del reato, e di volta in volta, dalla massa dei conso-

(287) Cfr. Ortolan, *Éléments de droit pénal*, t. I, Paris, 1863, n° 546, p. 215.

ciati. Esso non può essere che un *giudizio* proprio *dello Stato* inteso come personificazione giuridica della società, da lui emesso una volta per tutte, astrattamente e generalmente. E poichè giudizio su l'esistenza del pericolo sociale, significa giudizio su l'esistenza stessa del reato (perchè l'esistenza del pericolo sociale è appunto ciò che distingue il reato dagli altri torti giuridici), ciò vuol dire che allo *Stato*, *persona giuridica*, e per conseguenza agli *organi dello Stato*, spetta esclusivamente il còmpito di attribuire a una azione umana il carattere di reato. Ma a quali organi dello Stato? A Roma, nell'epoca imperiale (non così al tempo delle *quaestiones perpetuae*) il giudice era autorizzato a punire ad *exemplum legis* (288). Nel medio evo gli scabini, anche in materia penale, *inveniebant sententiam*, creavano cioè le norme giuridiche al tempo stesso in cui le applicavano; e così, in genere, nel regime dello *Stato di polizia*, il giudice penale era, non un puro organo di applicazione, ma un vero e proprio organo di creazione del diritto penale. Ma nel moderno *Stato giuridico* il trionfo del principio “ *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali* „, legislativamente affermato, per la prima volta, nella *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* (1789), ha portato alla conseguenza che non solo la dichiarazione della pena nella sua qualità e quantità, ma anche la facoltà di imprimere a un dato fatto la nota di reato (e quindi il giudizio sul pericolo sociale da esso derivante) non possa essere se non l'opera degli *organi legislativi dello Stato* (art. 1° cod. pen.). Ciò, mentre vale a precisare i limiti della libertà del cittadino, oltre e fuori dei quali egli non può agire, senza incorrere in sanzioni penali (*obbligo di obbedienza giuridica penale*), vale ad un tempo a stabilire i confini entro i quali il cittadino può liberamente agire senza tema di incorrere in tali sanzioni (*libertà giuridica penale, diritto subiettivo pubblico di libertà in materia penale*). Nè lo Stato giuridico moderno ha soltanto avocato a sè il potere di valutare *legislativamente* il pericolo sociale derivante da un certo tipo di fatti e di imprimere ad essi per legge il carattere di reati, bensì anche ha stabilito, rispetto a sè stesso, una specie di *divieto di auto-difesa penale* (289) col distinguere nettamente gli organi chia-

---

(288) L. 7, § 3, “ Dig. „, XLVIII, 4.
(289) Cfr. Rocco (Alfredo), *La sentenza civile*, Torino, Bocca, 1906, n° 7, p. 20.

mati all'esercizio del diritto di punire (e dei diritti processuali intesi a farlo valere) (*organi governativi*) dagli organi chiamati a decidere su l'esistenza di tale diritto in confronto del diritto di libertà del cittadino, cioè dagli *organi giurisdizionali* (*nemo damnetur nisi per legale judicium*).

Se però unicamente agli organi del potere legislativo è oggidì riservato il giudizio su l'esistenza del pericolo sociale, derivante da certi fatti determinati e con esso la facoltà di imprimere ai fatti stessi il carattere giuridico di reati, non per questo è detto che al giudice penale sia vietato qualsiasi giudizio valutativo del fatto costituente il reato e del pericolo da esso nascente, della persona che lo ha commesso (reo) e della sua pericolosità. Al legislatore unicamente spetta il giudicare se un dato fatto produca, o no, un pericolo per la società e sia quindi, o non sia, un reato, dia, o non dia, luogo alla conseguenza giuridica di una pena. Tale giudizio è interdetto al giudice (290). Ma, una volta che una azione sia dalla legge dichiarata reato, ben è possibile al giudice, proseguendo l'opera del legislatore, accertare e giudicare *nel singolo caso e di fronte al singolo individuo* il grado di pericolosità sociale nascente dal fatto e dalla persona al fine di commisurare ad esso la pena entro quei limiti che gli sono imposti, bensì, ma anche consentiti dalla legge penale.

---

(290) Cfr. in proposito: Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1908, § 17, p. 87.

CAPITOLO V.

Il diritto penale come tutela di beni e di interessi.

136. Transizione. — 137. Natura *teleologica* del diritto penale. Lo «scopo» ultimo del diritto penale: l'assicurazione delle condizioni fondamentali e indispensabili della vita in comune. La vita in comune come *convivenza* e *cooperazione sociale* e i rapporti da essa nascenti: possibilità di *conflitti di interessi e di volontà*. Il diritto penale come *coordinamento* di interessi e di volontà e come *ordinamento* di rapporti della vita sociale. Il diritto penale come *limitazione di interessi* e come *limitazione di libertà* (mediante un complesso di imperativi). Il *lecito giuridico*. Il *torto giuridico*. La sfera del *giuridicamente obbligatorio*; *obbligo giuridico* e *diritto soggettivo*: loro corrispondenza. Ulteriore determinazione del concetto del lecito e dell'illecito giuridico. — 138. La «coazione» nel diritto penale: il diritto penale come *organizzazione di lotta* contro interessi, volontà od azioni umane. — La «*tutela*» *nel diritto penale*: il diritto penale come *organo di tutela di interessi* e *di assicurazione* o *garanzia di libertà*. — 139. La «pena» come mezzo *specifico* di coazione e di tutela giuridica. Il concetto della pena: *A*) La pena dal punto di vista *sostanziale*: *α*) la pena, nello stadio della *minaccia*: concetto della *minaccia penale*: *β*) la pena, nello stadio della *esecuzione della minaccia*: suo concetto (*reazione statuale e giuridica, volontaria, giuridicamente lecita e obbligatoria e dannosa alla persona del reo*): *B*) La pena, dal punto di vista *formale*; *α*) la pena, nel momento della *sanzione* o comminatoria legislativa (momento *legislativo* della pena). Concetto della *sanzione giuridica* penale; *β*) la pena, nel momento della *applicazione della sanzione* (momento *giurisdizionale e amministrativo* della pena). Suo concetto. — 140. In che consista la funzione di coazione e quindi di tutela, propria della pena. *A*) Funzione della pena nel momento della minaccia, cioè della sanzione penale: *α*) verso i proclivi a delinquere; *β*) verso i non proclivi a delinquere. La minaccia penale come *coazione psico-sociale* e la sua funzione di *prevenzione generale*. — 141. *B*) Funzione della pena nel momento della esecuzione della minaccia, cioè della applicazione della sanzione penale. Dilucidazioni preliminari su la posizione del problema. — 142. Distinzione fra lo «scopo» e il «modo di essere» della pena. *Natura e modo di essere* della pena: la pena come reazione: conseguenze che ne discendono. — 143. Scopo della pena: inesistenza di antitesi fra *pena retributiva* e *pena finale* o *teleologica*. Distinzione delle reazioni sociali e giuridiche dal punto di vista del loro *scopo* (reazioni *riparative, vendicative, difensive o preventive*). *a*) La pena non è una *reazione riparativa*: distinzione fra *pena* e *riparazione*; *b*) la pena non è una *reazione vendicativa*: distinzione fra *pena* e *vendetta*: *c*) la pena è una *reazione difensiva* o *preventiva* (difesa mediante reazione, prevenzione mediante repressione). — 144. Ulteriori determinazioni dello scopo della pena, come reazione difensiva o preventiva: 1) la pena è difesa della esistenza della società giuridicamente organizzata (Stato) contro il pericolo della delinquenza da parte di tutti i possibili futur delinquenti. — 145. 2) La pena è reazione difensiva della società contro il pericolo sociale della criminalità da parte di tutti i possibili

futuri delinquenti, ma solo in quanto questo *pericolo* si rappresenti come *effetto* (psicologico e sociale) della azione delittuosa dal reo già commessa. — 146. La pena è *reazione difensiva*: *a*) contro il pericolo di nuovi e futuri reati da parte del reo (difesa contro il pericolo della recidiva e della abitudine e professionalità criminosa); *b*) contro il pericolo di nuovi e futuri reati da parte della vittima del reato e dei suoi appartenenti (difesa contro il pericolo di vendette criminali private); *c*) contro il pericolo di nuovi e futuri reati da parte dei terzi estranei al reato, cioè di tutti i consociati in generale (difesa contro il pericolo del contagio e della epidemia criminale e contro il pericolo di reazioni sociali difensive e vendicative, in ispecie di pubbliche rappresaglie criminali). — 147. *A*) La pena, come mezzo di prevenzione di nuovi reati da parte del reo (*prevenzione speciale*): *a*) prevenzione speciale mediante *coazione fisica*: l'*eliminazione* del reo dalla società e la *selezione artificiale*: le pene *eliminative* o *semi-eliminative*; *b*) prevenzione speciale mediante *coazione psichica*: l'*adattamento* del reo alla società: adattamento mediante *intimidazione*: adattamento mediante *correzione* o *emenda*. Le pene *correzionali* (intimidative o correttive). *B*) La pena, come mezzo di prevenzione di nuovi reati da parte della vittima e dei suoi appartenenti (prevenzione speciale). La difesa contro il pericolo di vendette criminali private si attua esclusivamente mediante *coazione psichica*. *C*) La pena, come mezzo di prevenzione di nuovi reati da parte dei terzi estranei al reato, cioè di tutti i consociati in genere (*prevenzione generale*). La prevenzione si attua esclusivamente mediante *coazione psico-sociale*. Coazione psico-sociale: α) verso i proclivi a delinquere; β) verso i non proclivi a delinquere.

136. La considerazione del *reato come azione dannosa e pericolosa* ci ha mostrato il *rapporto* fra i *beni* e gli *interessi*, offesi dal reato, e il *reato* stesso, in quanto è lesione o minaccia di quei beni e di quegli interessi. Lo studio del *diritto penale come tutela di beni e di interessi*, servirà a mettere in luce il *rapporto* che intercede fra i *beni* e gli *interessi*, che sono oggetto della tutela giuridica penale, e questa tutela medesima.

137. Il diritto penale, come il diritto in genere, è manifestazione della *volontà* collettiva *dello Stato* per mezzo degli organi a ciò destinati (organi del potere legislativo). Ogni volontà presuppone uno " scopo „ per cui la volontà si determina. Il diritto penale, quindi, come tutto il diritto, in quanto è manifestazione di volontà diretta ad uno " scopo „, ha natura *teleologica* o *finale*. Lo scopo del diritto, in genere, e in ispecie del diritto penale, al pari della volontà che per esso si determina, è uno scopo di natura collettiva (sociale, pubblica) proprio, cioè, di tutta la collettività organizzata (Stato).

Esso consiste nell'*assicurare le condizioni di esistenza della società*, nel *garentire le condizioni fondamentali e indispensabili della vita in comune* (così detta *giustizia*). Assicurare la vita in comune è l'ultimo scopo dell'ordinamento giuridico e il più alto cómpito dello Stato.

Ma la vita degli uomini in società è *convivenza* ed è *cooperazione*. Dal fatto della convivenza e della cooperazione umana sociale, nascono per necessità *rapporti di vita* fra gli uomini associati; rapporti fra individuo e individuo, fra individuo e famiglia, fra individuo e società, fra individuo e Stato, fra Stato e Stato e via dicendo. Nel mutuo intrecciarsi di queste relazioni umane la soddisfazione dei *bisogni*, e quindi degli *interessi*, di un soggetto trova necessariamente ostacolo nella soddisfazione dei *bisogni*, e quindi, degli *interessi*, degli altri soggetti.

Per tal modo i diversi *interessi* umani, individuali e collettivi, si incontrano e si scontrano e parimenti s'imbattono e si combattono le volontà e le azioni umane dirette a soddisfare quegli interessi. Sorgono, così, fra i vari soggetti conviventi e cooperanti in società, *collisioni di interessi* e *conflitti di volontà*. Perchè la vita in comune sia assicurata, occorre che tali conflitti si dirimano, occorre, cioè, che gli interessi di ciascun soggetto si coordinino cogli interessi degli altri, che la libertà di agire dell'uno si coordini con la libertà di agire degli altri. Il diritto penale, come il diritto in genere, appare così come un *coordinamento* fra gli *interessi* e le *volontà* dei vari soggetti umani, individuali e collettivi, nei loro reciproci *rapporti di vita*, e, quindi, come un *ordinamento* dei rapporti stessi che nascono dal fatto della convivenza e della cooperazione umana sociale (ordine o ordinamento giuridico). Tale coordinamento si risolve, per necessità, in una separazione o delimitazione; separazione fra gli interessi, le volontà e le azioni umane conformi alle condizioni fondamentali e indispensabili della vita sociale (che è quanto dire alle leggi naturali della esistenza umana nello stato di associazione), epperò, bisognose e degne di tutela da parte del diritto, e gli interessi, le volontà e le azioni umane contrarie alle condizioni stesse, epperò, indegne di tale tutela. Il diritto penale, come il diritto in genere, appare così come un *sistema di limiti* fra gli *interessi*, le *volontà* e le *azioni* umane, come una *limitazione di interessi* e, ad un tempo, come una *limitazione di libertà* dei soggetti umani individuali e collettivi, nelle reciproche relazioni nascenti dalla vita associata.

Gli interessi, le volontà e le azioni umane conformi alle condizioni della vita in comune, diventano, per tal modo, *conformi al diritto*, cioè, *giuridicamente leciti*. Gli interessi, le volontà e le azioni umane contrarie a quelle condizioni, diventano, così, *contrari al*

diritto, cioè, *giuridicamente illeciti*. Fra gli interessi, le volontà e le azioni umane il diritto, e così pure il diritto penale, tira una linea: tutto ciò che è al di qua, è lecito: tutto ciò che è al di là, è illecito.

Ma il diritto è, per sua natura, manifestazione di volontà, cioè, della volontà collettiva dello Stato, che, per necessità, si rivolge al volere e all'operare dei soggetti conviventi. In quanto rappresenta una esigenza ad altrui azioni o omissioni, il diritto penale, come tutto il diritto, è necessariamente un *complesso di imperativi*, di *comandi* e di *divieti* (*precetti penali*). La separazione degli interessi, delle volontà e delle azioni lecite, dagli interessi, dalle volontà e dalle azioni illecite si effettua, appunto, per mezzo di tali imperativi. Tutto ciò che *non è contrario* ai comandi o divieti del diritto, è *giuridicamente lecito*; od è *giuridicamente illecito*, tutto ciò che ad essi *è contrario*. Di qui sorge la sfera del *lecito giuridico* o della *libertà giuridica*, cioè del *giuridicamente permesso o autorizzato*, comprendente tutte le azioni o omissioni che *non sono contrarie* ai comandi o ai divieti del diritto, cioè consistente nella libertà di fare, ciò che non è vietato, o di omettere, ciò che non è comandato. Di qui sorge insieme la sfera dell'*illecito giuridico* (o del *torto giuridico*) comprendente tutte le azioni contrarie ai divieti e le omissioni contrarie ai comandi del diritto.

Oltre la sfera del *giuridicamente illecito*, cioè di ciò che *è contrario* al diritto, e quella del *giuridicamente lecito*, cioè di ciò che al diritto *non è contrario*, si ha poi la sfera del *giuridicamente obbligatorio*, cioè di ciò che *è conforme* al diritto, comprendente in sè tutte le azioni conformi ai comandi e le omissioni conformi ai divieti giuridici. Anche ciò che è *giuridicamente obbligatorio* è, in certo senso, *giuridicamente lecito*, in quanto, giuridicamente, si ha certo *libertà* di spontaneamente fare o omettere, ciò che si è giuridicamente obbligati, rispettivamente, a fare o a non fare (lecito giuridico, giuridicamente obbligatorio). Ma poichè non si ha facoltà di omettere, ciò che si è obbligati a fare, e di fare, ciò che si è obbligati ad omettere, è anche vero che ogni obbligo giuridico (di fare o di non fare) costituisce un *limite giuridico* alla *naturale libertà di agire* del soggetto obbligato, o, in altri termini, una *necessità giuridica*. Appare, per tal modo, evidente che alla libertà naturale di agire di ogni soggetto, a cui si rivolge, il diritto, mediante i suoi comandi o divieti, per una parte pone, e,

per l'altra, omette di porre vincoli, cioè obblighi, giuridici. Ma il diritto, nei suoi comandi o divieti (comandi o divieti *primari* o precetti), si rivolge contemporaneamente *a tutti* i soggetti conviventi e cooperanti in società, contemplandoli nelle reciproche relazioni che nascono da tale convivenza e cooperazione. E poichè non si può ammettere che, in uno stesso soggetto, la medesima attività sia, ad un tempo, libera e vincolata, deve necessariamente ritenersi che dove esiste vincolo all'attività di un soggetto, ivi debba essere necessariamente libertà di agire di un altro soggetto, e, viceversa, libertà di agire di un soggetto non possa essere, se non là dove esiste vincolo alla attività di un altro soggetto. Ciò equivale a dire che ad ogni obbligo giuridico di un soggetto corrisponde per necessità una libertà giuridica di un altro soggetto, e, viceversa, ad ogni libertà giuridica di un soggetto, corrisponde per necessità un obbligo giuridico di un altro soggetto. Se ad ogni libertà giuridica noi diamo il nome di " *diritto* „ *in senso soggettivo*, potremo dire che ad ogni *obbligo* giuridico di un soggetto, corrisponde un *diritto* di un altro soggetto (diritto soggettivo) e ad ogni *diritto* di un soggetto (diritto soggettivo), corrisponde un obbligo giuridico di un altro soggetto.

Ma gli obblighi giuridici, come le libertà giuridiche, cioè, i diritti soggettivi, nascono, ad un parto, come si è visto, dai comandi o divieti del diritto. E poichè *lecito* è tutto ciò che non è contrario, *illecito*, tutto ciò che è contrario al diritto, potrà dirsi, più precisamente, che è *lecita* ogni azione o omissione che, da un lato, non è contraria ad un divieto o comando del diritto, e quindi all'obbligo giuridico e al diritto soggettivo, da esso nascenti, e, dall'altro, è *al diritto conforme*, nel senso che rappresenta, a sua volta, l'*esercizio di un diritto soggettivo* (*lecito giuridico* in proprio senso) o l'*adempimento di un dovere giuridico* (lecito giuridico, giuridicamente obbligatorio) di chi la pone in essere. E potremo, per converso, dire che è *illecita* ogni azione o omissione che, non solo è contraria a un divieto o comando del diritto, e quindi all'obbligo giuridico e al diritto soggettivo da esso nascente, ma che, nel tempo stesso, non rappresenta l'esercizio di un diritto soggettivo o l'adempimento di un dovere giuridico di colui che la pone in essere.

138. Ma il diritto, e particolarmente il diritto penale, non può tenersi pago di porre, mediante i suoi precetti, come un re-

golamento di confini fra le *manifestazioni di volontà* (azioni o omissioni) e quindi fra le *volontà*, e quindi ancora fra gli *scopi*, cioè gli *interessi* dei soggetti umani, individuali e collettivi, nei rapporti reciproci nascenti dalla convivenza e dalla cooperazione sociale.

Ad esso non basta aver determinato *entro quali limiti* la volontà di ciascun soggetto possa liberamente determinarsi e manifestarsi per il raggiungimento degli scopi, cioè la soddisfazione degli interessi, propri del soggetto, per quale estensione, più precisamente, essa possa *prevalere*, esigendo o ricusando, nell'orbita della volontà di altri soggetti. E parimenti ad esso non basta aver determinato *entro quali limiti* la volontà di ciascun soggetto *non possa, debba,* anzi, *non* determinarsi e manifestarsi per la soddisfazione degli interessi propri del soggetto, in quale àmbito, più precisamente, essa debba *sottostare* alla volontà di altri soggetti. Occorre ad esso sopra tutto che gli interessi, le volontà e le azioni giuridicamente illecite siano *combattuti* e siano, per conseguenza, *tutelati* gli interessi, le volontà e le azioni giuridicamente leciti. Sorge così un altro momento nella vita del diritto: la *forza,* o, come generalmente suol dirsi, la *coazione.* Tutto il diritto, e tanto più il diritto penale, si fa valere con la forza: ha natura coattiva. Il momento della forza è essenziale al diritto e particolarmente al diritto penale. Ciò che da un lato è *forza* che rintuzza i conati degli *interessi*, delle *volontà* e delle *azioni* individuali, al diritto contrarii, dall'altro è *tutela di interessi*, di *volontà* e di *azioni*, al diritto conformi.

Il diritto penale, come il diritto in genere, appare così, non solo come un *ordinamento pacifico* di relazioni umane, ma altresì, al tempo stesso, come una *organizzazione di lotta* e come un *organismo di assicurazione e di tutela.* Più precisamente esso appare: α) *come mezzo di lotta contro interessi, volontà ed azioni umane;* β) *come mezzo di tutela di interessi* e insieme come *mezzo di garanzia o di assicurazione di libertà* (libertà di volere e di agire).

139. Ma in qual modo, più particolarmente, si effettua la tutela che il diritto penale porge agli interessi, alle volontà, e alle azioni umane, conformi alle condizioni della vita in comune e, quindi, giuridicamente (penalmente) leciti? O, che è lo stesso, in qual modo si svolge la lotta che il diritto penale imprende contro

gli interessi, le volontà e le azioni umane, contrarii alle condizioni di esistenza della società e, quindi, giuridicamente (penalmente) illeciti? Il mezzo specifico di tutela, da un lato, e di coazione, dall'altro, proprio del diritto penale, è la *pena*. Ma che cosa è la pena?

I) Considerando la pena da un punto di vista *sostanziale*, dal punto di vista cioè del suo contenuto, essa ci appare in due fasi o stadi logicamente e cronologicamente distinti; la fase o stadio della *minaccia penale*: la fase o stadio della *esecuzione della minaccia penale*, cioè della attuazione del male minacciato.

a) La minaccia penale è la minaccia della " pena „ fatta, mediante il diritto, dallo Stato ai sudditi che abbiano violato i precetti alla cui osservanza è posta la minaccia medesima. Come ogni altra minaccia giuridica, la minaccia penale è una " azione „ cioè una manifestazione di volontà — la volontà collettiva dello Stato — la quale reca in sè, come suo risultato, la *possibilità di un male o di un danno*, cioè, un *pericolo* di danno per coloro ai quali la minaccia è rivolta e genera, quindi, in essi il *timore* del male minacciato (*vis compulsiva*). Il male, che si minaccia, è appunto la *pena*, considerata nel momento della sua esecuzione. A differenza di ogni altra minaccia (che non abbia anch'essa il carattere di minaccia giuridica) a cui è condizione essenziale l'ingiustizia del male minacciato, nella minaccia penale, il male, che si minaccia, appare come avente il carattere di un male " giusto „ e quindi, giuridicamente lecito ed obbligatorio (cfr. oltre, sub. β).

β) Come l'attuazione di ogni altra minaccia che rivesta il carattere di minaccia (e quindi di sanzione) giuridica, l'attuazione della minaccia penale (pena, in proprio senso, in contrapposto alla minaccia di essa) è:

1° una *azione*, cioè una manifestazione di volontà *dello Stato* (e, per esso, di un suo organo), o; a dir meglio, una " *reazione* „ *statuale* e *giuridica* (*reazione penale*). *Reazione*, perchè si rappresenta come una azione che non solo è conseguenza di un'altra, ma è ad essa inversa e contraria. *Statuale* (e quindi anche *sociale* e *pubblica*) perchè parte dallo Stato. *Giuridica*, perchè è regolata dal diritto (diritto penale);

2° una *reazione volontaria*, in quanto è voluta dallo Stato in sè e nel *risultato* dannoso che ne discende;

3° una *reazione giusta*, epperò, al tempo stesso, *giuridicamente*

lecita ed *obbligatoria*. *Giusta*, perchè conforme alla giustizia, cioè alle condizioni fondamentali e indispensabili della vita in comune, che il diritto assicura. *Giuridicamente lecita*, perchè costituisce l'*esercizio di un diritto soggettivo* dello Stato (*diritto di punire*). *Giuridicamente obbligatoria*, perchè costituisce l'*adempimento di un dovere giuridico* dello Stato (*dovere giuridico di punire*);

4° una *reazione dannosa*, perchè ha per risultato un " male „ o " danno „ cioè il sacrificio o la restrizione di un bene e di un interesse umano. Il " male „ o il " danno „ che la pena reca con sè, è un male o danno *alla persona* (alla vita, alla libertà, all'onore) o al *patrimonio* e, anzi, (per la convertibilità di ogni pena pecuniaria in pena restrittiva della libertà personale), in definitiva sempre un male o danno *alla persona* (e in ciò consiste la differenza specifica fra la reazione penale ed altre specie di reazioni giuridiche, pubbliche o private). La persona, a cui il danno è recato, è il " *reo* „ cioè il soggetto attivo del reato (violazione del precetto penale) e passivo della pena. Il danno, che si reca alla persona del reo, è necessariamente, per quanto sopra si è detto, un *damnum iure datum*.

II) Considerando la pena da un punto di vista *formale*, essa ci appare ugualmente in due momenti logicamente e cronologicamente distinti: il momento della " *sanzione* „ *penale* (corrispondente e parallelo a quello della *minaccia penale*): il momento della " *applicazione della sanzione penale* „ (corrispondente e parallelo a quello della *esecuzione della minaccia* penale). Il primo momento è il *momento legislativo*, cioè, il momento della determinazione, astratta, impersonale e generale della pena mediante la legge penale e per parte degli organi del potere legislativo dello Stato (*comminatoria legislativa della pena*). Il secondo momento è il momento, insieme, *giurisdizionale* e *amministrativo* della pena, cioè, il momento del *processo* e della *condanna* penale per mezzo degli organi del potere giurisdizionale penale, e, insieme, il momento della *esecuzione della condanna* per parte degli organi del potere esecutivo o amministrativo penale (funzionari della esecuzione penale).

α) Come sanzione (sanzione penale) la pena ci appare, al pari del precetto penale (comando o divieto *primario*), quale un elemento essenziale e costitutivo della *legge penale*, che integra il precetto penale ed è da esso indissolubile. Essa consiste appunto nella *minaccia legislativa della pena* a colui che trasgredirà il pre-

cetto alla cui osservanza essa è posta. Più precisamente può dirsi che la sanzione penale è la manifestazione, mediante la legge (*legge penale*), della volontà dello Stato di far applicare e subire la pena a colui che si renderà autore di una azione violatrice di un comando o divieto da essa presupposto (precetto penale). Come tale, la sanzione penale è, anch'essa, un *imperativo giuridico*: è un *nuovo imperativo giuridico*, condizionato alla violazione di un altro imperativo giuridico (primario), e cioè il precetto penale, e che, appunto perchè presuppone, da un lato, il precetto penale e, dall'altro, una azione che lo violi (reato), ha il carattere di un imperativo giuridico *secondario* o *derivato* o *accessorio*. Questo imperativo è, più precisamente, un *comando* (non mai un divieto) anzi, un *doppio comando*: comando agli organi dello Stato di applicare la pena: comando al reo di subirne l'applicazione. Da questo doppio comando nascono mediatamente (col verificarsi del fatto violatore del precetto penale (reato) che è presupposto dal comando medesimo) due obblighi giuridici: l'obbligo dell'organo dello Stato di applicare la pena (dovere giuridico dello Stato di punire): l'obbligo del reo di subirla (obbligo giuridico penale del reo). Al dovere giuridico di punire dell'organo dello Stato, epperò dello Stato, corrisponde, in un altro organo dello Stato, epperò, nello Stato stesso, o talvolta nel privato (diritto di querela) il diritto soggettivo a che, appunto, lo Stato e, per esso, il suo organo, applichi al reo la pena. All'obbligo giuridico del reo di sottostare alla pena corrisponde nell'organo dello Stato, e quindi nello Stato, il diritto subiettivo a che il reo subisca la pena. Perciò la sanzione penale, da un lato, è un *comando* e, dall'altro, è un *permesso* o una *autorizzazione*. L'insieme del diritto dello Stato di punire e del corrispondente dovere giuridico del reo, del dovere giuridico dello Stato di punire e del corrispondente diritto soggettivo dello Stato stesso o del privato, dà luogo a due *rapporti giuridici* che possono dirsi, appunto, *penali*, l'uno tra lo Stato e il reo, l'altro tra uno ed altro organo dello Stato (rapporto riflessivo) ovvero, tra lo Stato e il privato offeso.

β) *L'applicazione della sanzione penale* consiste nella *attuazione della minaccia* contenuta nella sanzione penale, nell'effettivo inferimento alla persona del reo del male o danno minacciato, in una parola, nell'effettiva inflizione al reo della pena. L'azione, per la quale si minaccia la pena, cioè il reato, appare così come la

causa, l'attuazione della minaccia, cioè l'inflizione della pena, come l'*effetto* dell'azione medesima. Poichè la sanzione penale consiste in un doppio comando posto all'osservanza di un altro comando o divieto (precetto penale) e che entra in applicazione solo dopo la violazione di questo, l'applicazione della sanzione penale, dopo avvenuta tale violazione, naturalmente ci appare altresì come *applicazione dei comandi giuridici* da cui risulta la sanzione penale. Per conseguenza l'applicazione della sanzione penale consiste nella nascita — mediante l'effettivo verificarsi dell'azione violatrice del precetto penale — dei diritti e doveri giuridici subiettivi, cioè dei rapporti giuridici, penali, che la legge penale ricollega, come conseguenza giuridica, all'azione medesima (reato).

Il reato appare, così, come la " *causa giuridica* ", come il " *fatto giuridico* " (illecito) che genera i diritti, i doveri e i rapporti giuridici penali; l'applicazione della sanzione penale, come la " *conseguenza giuridica* " di esso, consistente, appunto, nel sorgere di tali diritti, doveri e rapporti giuridici. Insieme l'applicazione della sanzione penale sta naturalmente altresì nell'*esercizio* di quei *diritti subiettivi* e nell'*adempimento* di quei *doveri giuridici*.

140. Visto che cosa è la pena, sostanzialmente e formalmente considerata, sorge la domanda: *in qual particolar modo* opera quella particolare sanzione, che chiamiamo pena, per raggiungere lo scopo, da un lato, di *combattere* gli interessi, le volontà e le azioni umane contrarii alle condizioni della vita in comune, e quindi giuridicamente illeciti (o meglio quella particolare categoria di esse che diciamo *reati*) e, dall'altro, di *tutelare* gli interessi, le volontà e le azioni umane, conformi a quelle condizioni, e quindi giuridicamente leciti? O, in altri termini: in che, più particolarmente, consiste la *coazione giuridica penale* e quindi la *tutela giuridica penale* in confronto degli altri mezzi di coazione e di tutela proprî di altri rami del diritto? Quali, oltre lo scopo generico di tutela e di coazione, che la pena ha comune con ogni altra sanzione giuridica, sono gli scopi specifici di questo particolar mezzo di tutela e di coazione giuridica che ha il nome di pena? Per rispondere a queste domande occorre, anche qui, distinguere: *a)* la pena nel momento della " *minaccia* " e quindi della " *sanzione* "; *b)* la pena nel momento della " *attuazione della minaccia* " e quindi della " *applicazione della sanzione* ".

A) Nello stadio della minaccia, e quindi nella fase della sanzione, la pena si rivolge genericamente a tutti i consociati, ma esercita una funzione diversa a seconda che si trovi: α) di fronte a coloro che per cause fisiche, individuali (organiche) e sociali sono naturalmente, cioè psicologicamente, proclivi a delinquere; β) di fronte a coloro che per cause fisiche, organiche e sociali, sono naturalmente, cioè psicologicamente, avversi al delitto.

α) Come tutte le azioni umane, le azioni delittuose subiscono la legge della causalità psicologica: sono psicologicamente causate, cioè determinate, da *motivi* (motivate). Questi motivi o moventi, (*motivi o moventi a delinquere*) che determinano l*e volontà* e quindi le *azioni delittuose*, sono gli *scopi* o *fini* delle volontà e delle azioni stesse. Esse consistono in *interessi*. Le azioni delittuose appaiono, per tal modo, ai soggetti delle azioni stesse, come *mezzi di soddisfazione* di loro *interessi,* come *beni*, ad essi *utili,* perchè atte a soddisfare bisogni dei soggetti medesimi, epperò idonee a produrre in essi sentimenti di *piacere.* Ad evitare che una azione delittuosa si commetta da coloro che vi sono disposti, occorre, pertanto, che alla *rappresentazione del piacere*, che essi da quella azione si attendono, si contrapponga la *rappresentazione di un dolore* per essi, quale futura conseguenza dell'azione stessa; e, anzi, la rappresentazione di un *dolore maggiore del piacere* che il reato rappresenta; di tal che il *calcolo edonistico*, a cui ogni uomo sano e maturo di mente nelle sue azioni obbedisce, lo induca alla omissione del reato. La minaccia della pena a chi si renderà autore di un reato, mira, appunto, a contrapporre, nella mente di coloro che son disposti a delinquere, alla rappresentazione del reato come un *bene*, e quindi come un *piacere*, la rappresentazione della pena come un *male*, e quindi come un *dolore*, che è conseguenza del reato commesso ed è maggiore del piacere che essi dal reato si ripromettono. La rappresentazione del male, e quindi del dolore, della pena genera per necessità un sentimento di *timore* che induce ad astenersi dalla azione delittuosa. Per tal guisa, la minaccia della pena contrappone, nella volontà di coloro che son disposti al reato, ai *motivi a delinquere*, il *motivo derivante dal timore della pena*, crea, cioè, come disse il Romagnosi, mediante il timore della pena, una *controspinta psicologica* alla *spinta psicologica* che deriva dai moventi delittuosi o, che è lo stesso, esercita, secondo l'espressione del Feuerbach, una *coazione psicologica* (forza psichica) su la volontà

dei predisposti a delinquere, così *impedendo*, cioè, *prevenendo*, la commissione del reato da parte di essi. La pena, nello stadio della minaccia, cioè della sanzione legislativa, esercita, così, di fronte ai psicologicamente disposti al delitto, una *funzione preventiva* (prevenzione generale), e, nella gravità del male che essa minaccia appare naturalmente proporzionata all'intensità della spinta psicologica dei *motivi a delinquere*.

β) Il timore della pena è tuttavia un motivo essenzialmente egoistico, spoglio, come tale, di qualsiasi carattere morale e sociale. L'azione, a cui la volontà di un soggetto si determina *formidine poenae*, non è perciò il prodotto dell'intimo carattere dell'agente: è, invece, il risultato di una forza estrinseca a lui, di un costringimento esteriore.

Ma, al di fuori del timore della pena, esistono altri impulsi o stimoli coscienti, in una parola, altri motivi che, a differenza di quello, hanno valore etico e carattere sociale e che possono spiegare su la volontà umana una influenza determinante, ben altrimenti maggiore di quella che deriva dalla paura del male della pena. Tali sono, ad esempio, i sentimenti altruistici fondamentali della *giustizia* e della *benevolenza* (o, come altri dice, della probità e della pietà) e in genere il sentimento di socialità, il sentimento morale, il sentimento religioso, il sentimento di appartenenza e di subordinazione alla comunanza, il sentimento simpatetico per i beni e i diritti altrui, i sentimenti personali di carattere etico (come il sentimento dell'onore e della dignità personale), il sentimento di rispetto verso le leggi e la Autorità che le emana, e via dicendo. Per ottenere una condotta conforme alle esigenze della vita sociale, più assai che sul timore della pena, fa appunto lo Stato — e non invano — assegnamento su la influenza, normalmente determinante, di tali motivi di ordine morale e sociale. Di fronte a coloro — e son la grande maggioranza — i quali subiscono la normale influenza di tali motivi e, perchè adattati alle esigenze della vita sociale, naturalmente appaiono non proclivi al delitto, la minaccia della pena non è tuttavia superflua, come potrebbe sembrare. Essa vale a ribadire e rinsaldare, col motivo egoistico del timore della pena, la forza che discende dai motivi altruistici di indole morale e sociale, così non solo evitando future delinquenze (*prevenzione generale*) ma, ben più, determinando un sempre maggiore e progressivo adattamento degli uomini alla vita sociale. Essa

vale, inoltre, a *rassicurare* i cittadini onesti e naturalmente ossequenti alla legge, sostituendo al sentimento del timore della delinquenza, il sentimento della sicurezza e della tranquillità che deriva dalla conoscenza dei mezzi penali che lo Stato predispone per la loro tutela contro il pericolo della delinquenza avvenire.

In conclusione, la pena, come minaccia, si rivolge a tutti i consociati e esercita verso di essi, mediante *coazione-psicologica* (coazione psico-sociale), una *funzione preventiva* (*prevenzione generale*). Essa appare, pertanto, in tal momento, come una *difesa sociale preventiva* contro il pericolo della delinquenza.

Ma poichè ogni sanzione giuridica è una minaccia rivolta a tutti i cittadini e ogni minaccia esercita una coazione psicologica, è quindi una funzione preventiva, la pena, nel momento della minaccia, cioè della sanzione, ha in realtà una funzione non diversa da quella delle altre sanzioni giuridiche.

141. *B*). Più complessa è la funzione che la pena esercita nel momento della *esecuzione della minaccia*, cioè, *della applicazione della sanzione*. Per rendersi conto di essa occorrono, anzitutto, alcune dilucidazioni preliminari.

1° Si è detto che la pena, mentre nella fase della minaccia è *forza psichica* o *coazione psichica*, nella fase della esecuzione è, invece, *forza fisica* o *coazione fisica* o *meccanica*. Il concetto è esatto, ma va rettamente inteso. Con esso non deve intendersi che la pena, nel momento della sua applicazione, sia, per il reo (tanto meno per i consociati in genere), un puro *impedimento fisico*, e non già anche *psichico*, alla commissione di nuovi reati. Nemmeno deve intendersi che la pena, in sè stessa, sia sacrificio o restrizione di *beni* puramente *fisici* (materiali, corporali), non già anche di *beni morali* (in materiali, in corporali) *proprî della persona del reo* e non già anche, talvolta, di beni patrimoniali. Con esso deve soltanto intendersi che lo Stato, per assoggettare il reo a quella privazione o restrizione di beni giuridici, in cui la pena consiste, si vale, nel momento della sua esecuzione, della *forza fisica* (o materiale o meccanica) che esso (e per esso i suoi organi) ha a sua disposizione; nel modo istesso con cui si vale di tale forza nella applicazione di ogni altra sanzione, che non sia la pena. Da questo punto di vista può dirsi che, non soltanto la pena, ma tutte le sanzioni giuridiche, nel momento della loro applicazione, cioè tutte

le conseguenze giuridiche di fatti illeciti, sono *forza* o *coazione fisica o meccanica.*

2° Ugualmente si è detto che la pena, mentre nella fase della minaccia è *prevenzione*, nella fase della sua esecuzione è, invece, *repressione*. Anche qui deve osservarsi che il concetto non è inesatto, ma deve essere inteso nel suo proprio senso. Con esso non si deve intendere che la pena, nel momento della sua esecuzione, abbia per " *scopo* „ la " *repressione* „. *Reprimere non è uno scopo*; e non esiste, in tal senso, una *funzione repressiva* in contrapposto a una *funzione preventiva*. *Reprimere è, invece, un mezzo*: è il mezzo con cui si raggiunge uno *scopo*; ed uno scopo che può essere diverso, a seconda che si tratti di una o di altra specie di repressione. Quando si dice che la pena, nella fase della sua esecuzione, è *repressione*, si vuol, dunque, soltanto dire che la *natura*, il *modo di essere* della pena, in sè stessa considerata, è quello di una " *reazione* „ ad una " *azione* „ già avvenuta, che, come tale, *contrappone* i suoi *effetti* agli *effetti* propri della azione, alla quale reagisce. *Repressione* è, dunque, in tal senso, sinonimo di " *reazione* „. In questo senso, non soltanto la pena, ma tutte le sanzioni giuridiche nel momento della loro applicazione, cioè tutte le conseguenze giuridiche dei torti giuridici, sono *reazioni* (*reazioni giuridiche*) e quindi " *repressioni* „. Come " *mezzi repressivi* „ esse si contrappongono tutte a quei mezzi (o provvedimenti) che sogliono chiamarsi *preventivi*, perchè consistono, non in *reazioni*, cioè in azioni conseguenti ad altre azioni e ad esse contrarie, ma in azioni iniziali, anteriori e indipendenti di fronte a quelle che mirano a prevenire.

3° Si è detto, infine, che la pena, nel momento della sua esecuzione, è una *retribuzione*: *retribuzione di male con male* (*malum passionis quod infligitur ob malum actionis*: Grozio). Anche qui bisogna intendersi sul senso che si deve attribuire a questa affermazione. Se per essa si intende che la pena, nella fase della sua applicazione, ha per " *scopo* „ la " *retribuzione* „, che essa mira, cioè, al fine di *ricambiare* o *contraccambiare* (retribuire) il male del reato col male della pena, si dice cosa inesatta. *Retribuire non è uno scopo*. Non è uno scopo la retribuzione del bene col bene e tanto meno la retribuzione del male col male. La *giustizia*, nei rapporti sociali, non consiste nel retribuire per retribuire: nel fare il bene per il bene e tanto meno il male per il male. La *giustizia* impone che si retribuisca il bene col bene e il male col male perchè

e in quanto con ciò si raggiunge uno *scopo*, si soddisfa un *interesse*, si procura un *bene* e quindi si appaga un *bisogno, proprio della società*. *Retribuire è, dunque, un mezzo*: è il *mezzo* con cui si raggiunge uno *scopo*, ed uno scopo che può essere diverso, a seconda che si tratti di una o di altra specie di retribuzione. La *retribuzione* (di male con male) è, dunque, non lo *scopo*, ma il *modo di essere* della pena e, anzi, un modo di essere che essa ha comune con tutte le altre *reazioni giuridiche*, non aventi carattere penale, giacchè ogni *reazione* giuridica, a una azione antigiuridica, è necessariamente, al tempo stesso, una retribuzione giuridica (cfr. oltre n° 142 sub ε).

142. Ciò che si è sin qui preliminarmente osservato basta a far comprendere la necessità di distinguere lo " *scopo* „ che la pena, nel momento della sua esecuzione, si propone di raggiungere, dalla " *natura* „ o " *modo di essere* „ che la pena, in tal momento, ha, come *mezzo* atto a raggiungere quello *scopo*. Ma vale altresì a far comprendere che lo scopo della pena, nella fase della sua esecuzione, va bensì ricercato fuori della pena stessa, ma non fuori del reato e del rapporto che fra pena e reato intercede. Occorre, dunque, vedere, anzi tutto, quale sia il rapporto che intercede fra il reato e la pena: solo così sarà possibile sapere quale sia lo scopo che la pena ha, nel momento della sua esecuzione.

I) Dicemmo già che la pena, nel momento della esecuzione della minaccia, cioè della applicazione della sanzione, è una *reazione statuale e giuridica, volontaria, giuridicamente lecita e obbligatoria e dannosa alla persona del reo* (n° 139 sub I, β). Dal carattere di " *reazione* „ proprio della pena deriva che la pena stessa nel momento della sua esecuzione:

α) presuppone una " *azione* „ *delittuosa* (cioè un *reato*) concretamente commessa. Nessuna pena, senza reato.

β) si trova con tale azione in un *rapporto di causalità* cioè il *reato* è la *causa* e la pena è l'*effetto*. E poichè questo rapporto di causalità intercede fra due fenomeni ugualmente sociali e giuridici, esso non può essere che un *rapporto di causalità sociale* (*psico-sociale*) e quindi un *rapporto di causalità giuridica* (cfr. retro n[i] 117 e 120). Nessuna pena, che non abbia per causa un reato.

γ) agisce *in senso contrario* all'azione delittuosa, cioè al reato. Il reato è una *azione* dell'individuo (reo) contro la società (Stato), la pena è una *reazione* della società (Stato) contro l'indi-

viduo (reo): è naturale, quindi, che anche gli effetti della pena si contrappongano agli effetti del reato e tendano ad eliderli. E poichè questi effetti propri del reato sono sopra tutto effetti psicologici e sociali, la pena, come reazione, si contrappone a questi effetti e tende ad eliminarli. In tal senso, appunto, la pena è " *repressione* ". Nessuna pena, che non sia *repressiva*.

δ) ha natura *corrispondente* alla natura della azione a cui reagisce. E poichè l'azione delittuosa è una azione *dannosa*, cioè genera danni o pericoli di danni, immediati e mediati, la pena, come reazione alla azione delittuosa, è una reazione *della stessa natura*, consiste necessariamente in un *danno* (talvolta anche in un semplice pericolo di danno, cioè, in una minaccia, come nella condanna condizionale). Cioè: come il reato è un *male* (sociale) la pena è necessariamente un *male* (individuale) e quindi un dolore. Nessuna pena, che non sia un male e quindi un dolore, che non sia, cioè, *afflittiva*.

ε) consiste in una " *retribuzione* ". Poichè, infatti, la pena, come reazione, è necessariamente un male che segue al male del reato, essa è, come tale, necessariamente una retribuzione: retribuzione di male con male: più precisamente è retribuzione del male dato dal reo alla società mediante un male ricambiato dalla società (Stato) al reo. Nessuna pena, che non sia *pena retributiva* (*Vergeltungstrafe*, secondo l'espressione tedesca). E poichè il reato è una azione contraria alle condizioni fondamentali e indispensabili della vita in comune, e quindi *ingiusta*, e la pena, come reazione al reato, è una azione conforme a queste condizioni, e quindi *giusta*, la pena come *reazione*, e quindi come *retribuzione*, appare come una " *giusta* " *retribuzione*, come una retribuzione conforme alle *esigenze della giustizia* o, in altre parole, come una esigenza della *giustizia retributiva*.

η) è *adeguata* alla azione a cui reagisce. E poichè la pena, come reazione, è un male (individuale), essa è, per conseguenza, un male *adeguato* al male (sociale) del reato: *proporzione della pena al reato: esigenza della proporzione penale*. Nessuna pena che non sia proporzionata al reato. E poichè, inoltre, la pena, come reazione, è necessariamente al tempo stesso, una *retribuzione* (di male con male), essa è, per necessità, retribuzione mediante un male (dato dallo Stato al reo) proporzionato al male recato dal reo alla società (retribuzione secondo la giustizia *distributiva*).

143. II) Ma ogni reazione, come ogni azione, è una manifestazione, e quindi, una determinazione di volontà. Ogni determinazione di volontà presuppone uno “ scopo „ per cui la volontà si determina. Quindi ogni reazione ha carattere *teleologico* o *finale*. La pena, dunque, come reazione, ha necessariamente uno “ scopo „. Ogni pena è pena finale o, come dicono i tedeschi, *Zweckstrafe*. Dunque non vi è *antitesi*, come taluno ha creduto, fra la *Vergeltungstrafe* e la *Zweckstrafe*, fra pena retributiva, cioè, e pena finale. Ogni pena è, al tempo stesso, retributiva e finale: la retribuzione, però, non è *scopo* della pena, bensì *modo di essere* della pena.

Ma lo scopo di ogni reazione deve trovarsi fuori di essa. La pena, quindi, come reazione, non può essere scopo a sè stessa. Inoltre lo scopo di ogni reazione, ad una azione utile come ad una azione dannosa, o si trova nel passato o nel futuro. La pena, come reazione a una azione dannosa (il reato) deve anch'essa trovare il suo scopo nel passato o nel futuro. Se lo scopo è *nel passato*, la reazione contro una azione dannosa o è una *reazione riparativa* o è una *reazione vendicativa*. È una *reazione riparativa*, quando gli effetti dannosi dell'azione essendo *riparabili*, la reazione ha appunto per iscopo la riparazione di questi effetti, e quindi, la restituzione in pristino o reintegrazione dello *status quo ante*. Così le reazioni (conseguenze) giuridiche private (coazione all' adempimento, restituzione, risarcimento pecuniario del danno, patrimoniale o non patrimoniale, assicurazione contro un danno futuro, esecuzione forzata ecc.), hanno tutte genericamente per iscopo la *riparazione* (aggiustamento, agguagliamento, compensazione, secondo le varie espressioni degli autori). È una reazione *vendicativa*, quando gli effetti dannosi dell'azione essendo *irreparabili*, la reazione ha per iscopo di procurare al danneggiante un male e quindi un dolore che soddisfi il risentimento del danneggiato e sia quindi per lui un piacere, ha, in altri termini, per iscopo di ottenere una umiliazione dell'offensore e una soddisfazione dell'offeso (soddisfazione, tuttavia, ben diversa da quella che si ha nel così detto *risarcimento del danno morale*, in cui il piacere non deriva dal dolore altrui, ma è dato da un *bene* (il danaro) *succedaneo* al bene sacrificato o limitato e ad esso subiettivamente equivalente dal punto di vista edonistico, cioè è dato quindi *in cambio* del dolore e del danno ricevuto). Se infine lo scopo della reazione è *nel futuro*, la reazione contro una azione dannosa non può tendere ad altro se

non *ad evitare gli ulteriori effetti dannosi dell'azione*, ad *impedire pericoli futuri* nascenti dall'azione.

a) La pena non è una reazione riparativa. Non è una reazione riparativa perchè colui il quale soffre la pena non può, mediante la sua sofferenza, toglier di mezzo lo stato di fatto già avvenuto, nè eliminare gli effetti del reato a danno della vittima (soggetto passivo del reato): effetti che, o sono per loro natura *irreparabili*, o, se pur sono riparabili, non vengono nè potrebbero venir riparati mediante la pena, a tal scopo assolutamente inidonea, ma vengono invece, appunto, riparati mediante il risarcimento del danno. Non è una *reazione riparativa*, perchè, la reazione penale sorgendo appunto allora che le reazioni riparative si manifestano impossibili o insufficienti, e, non escludendole, ma con esse coesistendo, rivela evidente uno scopo, essenzialmente diverso dalla riparazione.

b) La pena non è neppure una reazione vendicativa. Non perchè, come si è detto da alcuno, la reazione penale sia una reazione *teleologica* e la reazione vendicativa, una reazione *priva di scopo*, — tutte le reazioni, e anche quella vendicativa, essendo, invece, di natura teleologica o finale —, ma perchè lo scopo della reazione penale è essenzialmente altro che la *vendetta*. È vero che la pena esercita, anch'essa, nei riguardi dell'offeso, della sua famiglia e del pubblico commosso dal reato, una *funzione di soddisfazione*: perchè essa calma il risentimento della offesa patita, placa, cioè, il sentimento di odio e di indignazione che si genera nei privati offesi e nel pubblico in generale e così appaga il desiderio di private vendette e di pubbliche rappresaglie criminali. Ma è vero altresì che, ciò facendo, la pena non si propone già uno *scopo di vendetta individuale* o di *vendetta sociale*, ma si propone, invece, lo *scopo opposto* di *evitare vendette private e pubbliche rappresaglie.* Tanto vero, che la pena si svolge storicamente appunto come *lotta statuale contro la vendetta*, privata o pubblica o divina che sia.

c) Dunque la reazione penale, essendo una reazione nè *riparativa*, nè *vendicativa*, *non può essere che una " reazione difensiva "*, una *reazione a scopo di difesa*, o, che è lo stesso, una *difesa attuata mediante reazione.* Questo concetto si esprime egualmente, ma meno precisamente, dicendo che la pena è *prevenzione mediante repressione* (difesa repressiva) o, che val lo stesso, *repressione a scopo di prevenzione.* Ogni repressione, infatti, è reazione e ogni prevenzione è difesa.

144. Ma la difesa suppone qualcuno o qualche cosa che si difende, qualcuno e qualche cosa contro cui ci si difende, suppone, più precisamente, una persona il cui bene si difenda contro il pericolo di una lesione (offesa) e quindi di un danno, da parte di un'altra o di altre persone. Dunque la difesa, come scopo della reazione penale, non può essere che difesa di un bene di un soggetto contro un pericolo di offesa, e quindi di danno, da parte di uno o di altri soggetti. Quale è il soggetto, il cui bene, mediante la pena, si difende? Quale quello o quelli contro cui la pena difende? In che sta il pericolo di offesa che si tratta di impedire, cioè di prevenire, per mezzo, appunto, della pena? Evidentemente, dal momento che la pena, nella fase della sua applicazione, presuppone, come reazione, la singola azione delittuosa già concretamente commessa, e quindi una lesione, cioè un danno, già con essa recato alla persona, che è vittima del reato, essa non può aver per iscopo di impedire quell'azione, di prevenire quella lesione e quel danno, che il reo già recò alla vittima, cioè, di *difendere*, in tal senso, *il soggetto passivo del reato*. Anche là dove il bene e l'interesse del soggetto passivo del reato non è ancora effettivamente leso, cioè danneggiato, ma soltanto posto in pericolo (come avviene nei delitti tentati e mancati e anche nei delitti di pericolo o delitti così detti formali), la cosa non corre diversa; giacchè neppure allora la pena, s'intende, nel momento della sua esecuzione, impedisce ed è atta a impedire la effettiva lesione, cioè il danno, da parte del reo alla vittima del reato (ciò che è, invece, còmpito dei provvedimenti di polizia preventiva o polizia amministrativa di sicurezza). Quale è, dunque, la persona che è in pericolo e il cui bene si tratta di difendere mediante la pena? Non può essere che la *società* giuridicamente impersonata nello *Stato*. Quale il pericolo contro cui si tratta di difendere la società e quindi quale il danno che si tratta di prevenire? Non può essere che il *pericolo della delinquenza* o *criminalità* come fenomeno sociale generale e quindi il danno della dissoluzione dell'organismo sociale e giuridico che da essa può derivare. Quali le persone da cui si tratta di difendersi? Tutti i possibili futuri delinquenti abbiano già, o ancora non abbiano, commesso azioni delittuose.

La pena, dunque, come reazione difensiva, non può avere che lo scopo di *difendere la esistenza della società giuridicamente organizzata cioè dello Stato* (difesa sociale o politica o statuale) *contro*

il pericolo della delinquenza da parte di tutti i possibili futuri delinquenti.

145. Ma in qual modo, più precisamente, si attua, mediante la pena, la difesa sociale contro il pericolo della delinquenza?

α) La pena è difesa sociale contro il pericolo della criminalità. Ma essa è tuttavia una difesa attuata *mediante reazione* a una singola azione delittuosa, esercitata volta per volta contro il delinquente, e, come tale, cioè, come *reazione*, sia pur difensiva, suppone una *azione delittuosa* già avvenuta. Ma appunto perchè è reazione a una azione delittuosa già commessa, sia pure a scopo di difesa contro azioni delittuose future (difesa repressiva), la reazione penale si distingue, dunque, nettamente *da ogni specie di difesa* (sociale) *anteriore a una offesa* (difesa preventiva), e cioè: *a*) da tutti quei provvedimenti o misure di indole amministrativa che hanno per scopo *la lotta contro le cause in genere* (fisiche, individuali e sociali) *della criminalità* (*provvedimenti di prevenzione indiretta* o *sociale*); *b*) da tutti quei provvedimenti o misure amministrative che hanno indole puramente cautelare e preventiva di fronte al singolo reato e al singolo delinquente, che, cioè, hanno lo scopo di impedire la commissione di un reato già iniziato o che si teme possa commettersi (*provvedimenti di prevenzione diretta, provvedimenti di polizia preventiva* (polizia amministrativa di sicurezza)). In altri termini: non ogni difesa o prevenzione contro la criminalità è pena, ma solo la difesa o prevenzione mediante reazione ad una azione delittuosa già avvenuta. La pena, come rimedio a un male passato (il singolo reato già commesso), sia pure consistente nell'evitare futuri e più gravi mali (la delinquenza avvenire) è, quindi, mezzo, se così vuol dirsi, di *terapia sociale*, non già di *profilassi o di igiene sociale.*

β) La pena è difesa sociale contro il pericolo della criminalità. Ma è, tuttavia, difesa attuata mediante reazione a una azione delittuosa già avvenuta e, come tale, si trova, con questa azione, in un *rapporto di causalità.* Ciò porta per conseguenza che l'autore di un'azione delittuosa venga punito per l'azione che egli ha commesso, non già per le azioni delittuose che *egli* commetterà nell'avvenire e tanto meno per le azioni delittuose che *altri* commetteranno nell'avvenire. Il che vuol dire che la pena, in tanto può esser difesa contro il pericolo della delinquenza avvenire, in quanto

questo pericolo di nuovi reati, sia da parte del reo, sia da parte degli altri consociati, si trovi, con la singola azione delittuosa già commessa, in un *rapporto di effetto a causa*, cioè rappresenti una *conseguenza* (al tempo stesso *psicologica* e *sociale*) del reato già avvenuto. La pena è, quindi, una *reazione* difensiva contro il *pericolo sociale*, obiettivamente risultante, come effetto psico-sociale, dall'azione delittuosa già commessa: è lotta contro quella particolare " *causa* „ di criminalità che è l'effettiva, avvenuta apparizione del reato nel mondo sociale. Non è già lotta contro le cause in genere (fisiche, biologiche e sociali) della delinquenza e nemmeno soltanto lotta contro le cause individuali, personali del reato. Perciò essa non è, e non può essere, trattamento del delinquente determinato dal pericolo di nuovi reati da parte degli altri, in quanto, tal pericolo, derivi altrimenti che dal reato dal reo già commesso. Nemmeno può essere perciò trattamento del delinquente determinato unicamente dalla *temibilità* o *pericolosità sociale* del delinquente stesso.

γ) La pena è difesa sociale contro il pericolo della criminalità. Ma essa è difesa attuata mediante *reazione* a una azione delittuosa già avvenuta, e, come tale, ha natura *corrispondente* alla natura dell'azione cui reagisce, cioè, è un male, e quindi un dolore, per la persona del reo. Di conseguenza non è, e non può essere, pena ogni difesa sociale contro la criminalità attuata altrimenti che mediante un male, cioè, un danno, e quindi un dolore all'autore di una azione delittuosa già commessa.

δ) La pena è difesa sociale contro il pericolo della criminalità. Ma essa è difesa attuata mediante *reazione* a una azione delittuosa e quindi mediante *retribuzione* del male (sociale) del reato col male (individuale) della pena. Pertanto non è non può essere pena, ogni difesa sociale contro la criminalità attuata altrimenti che per mezzo di *una retribuzione* (mediante un male) del *male*, e quindi del *demerito, sociale* del reo (colpabilità).

ε) La pena è difesa sociale contro il pericolo della criminalità. Ma essa è difesa attuata mediante *reazione* a una *azione* delittuosa e quindi ad essa *adeguata* o, più precisamente, adeguata al pericolo sociale da essa nascente. La pena, cioè, come reazione difensiva, è *proporzionata*, nella sua gravità, alla gravità del *pericolo sociale* di nuovi reati, derivanti dal reato già commesso. Contenuta entro i limiti della necessità di difesa essa è giusta: è ingiusta, se eccede i limiti di questa necessità (eccesso di difesa

sociale). Dunque la pena, nel momento della sua applicazione, è commisurata, appunto, al grado di pericolo sociale risultante dal reato avvenuto. E poichè in questo pericolo sta il demerito sociale, cioè la " colpa „ del reo, la pena, come retribuzione del demerito sociale del reo, appare proporzionata, appunto. a questo demerito. Non è, dunque, possibile che in luogo della " *colpa individuale* „ sia posta la " *pericolosità sociale* „ del reo e tanto meno di coloro che sono similmente disposti a delinquere ; ciò che porterebbe a considerare il reo come un " mezzo „ nelle mani dello Stato allo scopo della difesa contro il pericolo della delinquenza avvenire.

146. Dal momento che la pena è reazione difensiva, bensì contro il pericolo della criminalità, ma soltanto in quanto questo pericolo si rappresenti come effetto (psicologico e sociale) del singolo reato già commesso, è evidente che, per sapere in qual modo la pena, nel momento della esecuzione, attui lo scopo della difesa sociale contro il pericolo della criminalità, occorre tener presente il concetto, da noi già dato, del pericolo sociale indirettamente risultante dal reato (*retro*, parte II, capitolo IV, § 3, n[i] 117-131). Richiamandoci ad esso potremo dire che la pena nel momento della sua esecuzione:

α) *è reazione difensiva contro il pericolo di nuovi e futuri reati da parte del reo, cioè è difesa contro il pericolo della recidiva e della abitudine e professionalità criminosa,*

a) sia che questo pericolo trovi la sua *causa* nel *fatto* stesso del *reato*,

b) sia che esso trovi la sua *causa* nella *persona del reo* (pericolosità sociale, temibilità del reo) e la sua *prova* nel *fatto* stesso del *reato*;

β) *è reazione difensiva contro il pericolo di nuovi e futuri reati da parte della vittima del reato e dei suoi appartenenti* (congiunti, famigliari, ecc.), *cioè, è difesa contro il pericolo di vendette criminali private*, in quanto questo pericolo trovi la sua causa nel fatto del reato commesso e insieme nella pericolosità sociale del reo, dimostrata mediante il reato;

γ) *è reazione difensiva contro il pericolo di nuovi e futuri reati da parte dei terzi estranei al reato commesso, cioè, di tutti i consociati in generale*, cioè, *è difesa*: a) *contro il pericolo del contagio*

e della epidemia criminale da parte di coloro che sono naturalmente proclivi a delinquere; b) *contro il pericolo di reazioni sociali, difensive o vendicative,* in ispecie di *pubbliche rappresaglie criminali* da parte anche di coloro che non sono naturalmente disposti a delinquere, in quanto l'uno e l'altro pericolo trovino la loro causa nel fatto del reato già commesso e insieme nella pericolosità sociale del reo, dimostrata mediante il reato.

147. *A)* Nel momento della sua esecuzione la pena appare anzi tutto come un istrumento di diretta difesa contro il pericolo della recidiva e della abitualità e professionalità criminosa, vale a dire come un mezzo di *prevenzione* di nuovi reati da parte del reo (“ *prevenzione speciale* ”).

In due modi la pena, nel momento della sua esecuzione, si oppone al pericolo della recidiva, prodotto o dimostrato dal reato:

1° *mediante impedimento fisico* (coazione fisica, coazione esterna), col porre, cioè, il reo nella fisica impossibilità di nuocere, col togliergli la materiale possibilità di commettere nuovi reati. Da questo punto di vista la pena ci appare come un mezzo di *innocuità coattiva* del reo, come un processo di *eliminazione* del delinquente avente una funzione di *selezione artificiale* nella società umana. Talune pene manifestamente rivelano, per la stessa loro natura, uno *esclusivo* scopo di eliminazione: pene *eliminative* propriamente dette. Tale è la pena di morte, distruttiva della stessa personalità fisica del delinquente (pena abolita nel codice penale comune, ma conservata tuttavia nei codici penali militari). Tale la relegazione o la deportazione perpetue o indeterminate (sconosciute, tuttavia, al diritto penale italiano vigente). Tale la pena perpetuamente restrittiva della libertà personale (ergastolo), che mira alla perenne segregazione del reo dal seno della società. Altre hanno solo carattere *semi-eliminativo,* come le pene temporanee restrittive della libertà personale (reclusione, detenzione, confino, arresto), che mirano anche a togliere il reo dal consorzio degli uomini liberi, ma soltanto per un certo tempo, che può essere più o meno lungo e che è talvolta lunghissimo. Le pene *eliminative* e quelle *semi-eliminative* di lunga durata, stabilisce appunto il legislatore allorchè, a causa della somma temibilità sociale dal reo dimostrata mediante il reato, reputi pericoloso per il consorzio sociale il di lui ritorno allo stato di libertà;

2° *mediante impedimento psichico* (coazione psicologica, coazione interna), col porre, cioè, il reo nella morale o psichica impossibilità di commettere nuovi reati, correggendolo, emendandolo, rigenerandolo. Da questo punto di vista la pena ci appare come un mezzo di *adattamento artificiale del reo alla società*. Sopra tutto esercitando col ricordo del male e del dolore sperimentato della pena ostacoli rappresentativi alle future determinazioni della volontà delittuosa (*intimidazione*), ma insieme altresì affinando ed educando il senso morale e sociale del reo, mercè un regime penale atto a svegliare in lui sentimenti di moralità e di socialità, attitudini e abitudini di ordine, di lavoro, di disciplina (*correzione*, *emenda*), mira, infatti, la pena a ridurre il reo un utile membro della società. Tutte le pene che non hanno carattere *esclusivamente eliminativo*, sono pene " *correzionali* ". Tali sono anche, anzi, sopra tutto le pene che abbiamo detto *semi-eliminative*, cioè le pene temporanee restrittive della libertà personale ; tali le pene pecuniarie o patrimoniali (multa, ammenda), le pene nell'onore e particolarmente restrittive della capacità giuridica.

Le pene correzionali sono dal legislatore comminate allorchè egli concepisca la speranza di potere, la mercè della pena, distruggere o diminuire nel reo la tendenza a delinquere, allorchè, in altri termini, sia, a suo giudizio, possibile ottenere lo scopo della correzione morale e dell'adattamento sociale del reo.

B) Nel momento della sua esecuzione la pena appare, inoltre, come un *mezzo di indiretta difesa contro il pericolo di vendette criminali private*, come un mezzo di " prevenzione " indiretta di nuovi reati da parte della vittima e dei suoi appartenenti. Tale prevenzione si attua esclusivamente per mezzo di impedimento psichico, mediante, cioè, coazione psicologica. Calmando, col male dato al reo, il risentimento per l'offesa patita e così apprestando *soddisfazione* al naturale desiderio di vendetta dell'offeso e della sua famiglia ; *assicurandoli*, in pari tempo, con la eliminazione o correzione del reo, contro il pericolo di nuovi reati da parte di lui, e, con l'esempio della pena inflitta, contro il pericolo di nuovi reati da parte di ogni altro consociato, — la pena, lungi dall'essere, come fu detto, una vendetta spiritualizzata e socializzata, è, al contrario, essa medesima, il più efficace mezzo di lotta contro le vendette private.

C) Nel momento della sua esecuzione, appare, infine, la pena

come un mezzo di indiretta *difesa contro il pericolo di nuovi reati da parte dei terzi estranei al reato, cioè di tutti i consociati* in generale: in altri termini, come un mezzo di " *prevenzione generale* ". Tale prevenzione si attua mediante un *impedimento* puramente *psichico*, cioè, mediante una *coazione psicologica* esercitata sulla massa dei consociati in generale (*coazione psico-sociale*). Più precisamente:

α) contrapponendo la forza psicologica dell'*esempio* che deriva dall'effettiva inflizione della pena al reo, a quella del mal esempio e della imitazione che si sprigiona psicologicamente dal reato commesso; ribadendo, in tal modo, con l'effettiva realizzazione della minaccia penale, la forza morale della minaccia stessa; riaffermando, infine, di fronte ai ribelli alla disciplina giuridica della vita sociale, l'autorità e la forza dello Stato e del diritto, — la pena *si oppone al pericolo del contagio e della epidemia criminale* fra coloro che sono già psicologicamente proclivi a delinquere;

β) calmando, col male dato al reo, il pubblico risentimento o la pubblica indignazione e così soddisfacendo nelle masse il naturale desiderio di reazioni e di rappresaglie; rassicurando, in pari tempo, la società da ulteriori delinquenze, da parte del reo, mercè la di lui eliminazione (cruenta o incruenta, totale o parziale) o correzione, e, da parte dei terzi, mercè l'esempio della pena inflitta; rinforzando, infine, con l'esempio medesimo della pena applicata, i motivi altruistici di ordine morale e sociale degli adattati alla vita in comune, — la pena *si oppone al pericolo di reazioni sociali difensive e vendicative*, e in ispecie *al pericolo di pubbliche rappresaglie criminali e di giustizie sommarie* da parte dei cittadini, anche psicologicamente non disposti al delitto.

CAPITOLO VI.

Il reato come violazione dei precetti del diritto penale (reato come azione penalmente illecita).

148. Transizione.

148. Studiato il reato, come azione dannosa o pericolosa, cioè come lesione o minaccia di beni e di interessi, e il diritto penale, come tutela di beni e interessi; considerati, cioè, i rapporti dei beni e degli interessi umani, da un lato, col reato, che li offende, dall'altro, col diritto penale, che li tutela — resta ora a vedere quale è il rapporto che corre fra il reato e il diritto penale, in quanto il reato si considera come violazione dei precetti del diritto penale medesimo, resta, cioè, in altri termini, a studiare il reato come azione giuridicamente (penalmente) illecita o, che è lo stesso, penalmente antigiuridica.

§ 1. — *L'illiceità giuridica penale, in generale.*

149. L'illiceità giuridica, in cui il reato consiste, sta sempre e soltanto nella violazione di un precetto del diritto penale (illiceità giuridica *penale*). Illiceità di diritto penale e illiceità di diritto privato o pubblico (*non penale*). — 150. La violazione del diritto (diritto penale) non rappresenta il risultato del reato e neppure un elemento costitutivo del reato stesso, bensì costituisce l'essenza stessa e la natura intrinseca del reato. — 151. La distinzione fra *illiceità giuridica «formale» e illiceità giuridica «materiale»* (Liszt). La illiceità giuridica penale, come ogni altra illiceità giuridica, ha carattere puramente *formale*. La cosidetta illiceità giuridica *materiale* non è che il danno o il pericolo di danno immediato: come tale, essa rappresenta un elemento costitutivo del

reato che il giudice deve accertare per affermare l'esistenza del reato. Distinzione e rapporti fra l'illiceità giuridica penale (così detta *formale*) e il danno e il pericolo di danno immediato (così detta illiceità giuridica materiale). — 152. L'illiceità giuridica materiale, intesa come *antisocialità* dell'azione. Distinzione fra l'illiceità giuridica penale (così detta illiceità formale) e l'antisocialità dell'azione (danno e pericolo sociale mediato). Rapporti fra l'una e l'altra. Il giudice penale ha facoltà di giudicare non soltanto della illiceità, o non illiceità, giuridica penale di un'azione, ma anche della antisocialità, o non antisocialità, di essa. — 153. Illiceità giuridica penale e *ingiustizia* dell'azione. La teoria di Stammler e di Graf zu Dohna. Distinzione e rapporti fra illiceità giuridica penale e ingiustizia di un'azione. Il giudice penale ha facoltà di giudicare, non soltanto della formale illiceità, o non illiceità, giuridica penale di una azione, ma anche della sostanziale ingiustizia, o non ingiustizia, di essa.

149. I. In sè considerato il reato è il torto giuridico penale, cioè il fatto giuridicamente illecito (contrario a un precetto del diritto penale) al quale, come a sua causa, il diritto penale ricollega la pena, come conseguenza giuridica. Come torto giuridico penale esso, al pari di ogni altro torto giuridico o fatto illecito, e così anche del delitto o quasi-delitto civile, è una azione contraria al diritto, violatrice del diritto, e, più precisamente, del diritto penale, è, in altri termini, una azione giuridicamente illecita dal punto di vista del diritto penale (penalmente antigiuridica).

Si è già avuto occasione, nella parte critica di questo lavoro, di esporre e di valutare la dottrina, così detta, del carattere sanzionatorio del diritto penale, a cui la concezione del reato come violazione di un variabile diritto soggettivo dell'offeso, appare generalmente legata (vedi *retro*, n[i] 16-21).

Vedemmo come sia impossibile distinguere, sulle traccie del Binding, la " *Norma* " dalla " *legge penale* " concepite come due norme giuridiche diverse, l'una di carattere principale o primario (*norma-precetto*), l'altra di carattere secondario, accessorio o derivato (*norma-sanzione*), l'una consistente in un comando o divieto, cioè nel comando o divieto trasgredito mediante il reato (norma imperativa o proibitiva), l'altra consistente in un permesso o autorizzazione, cioè nell'autorizzazione (diritto soggettivo) di punire (norma permissiva). Osservammo che le " Norme ", la cui trasgressione dà luogo alla applicazione della sanzione penale, non sono punto, come vuole il Binding, norme giuridiche speciali, codificate o no, di diritto pubblico, distinte e diverse così dalle *leggi penali* che dalle altre norme del diritto pubblico o privato, e neppur sono, come afferma il Beling, le norme stesse del diritto pubblico o privato, in quanto regolano imperativamente la condotta umana.

Affermammo, invece, che il “ *praeceptum legis* „ e la “ *sanctio legis* „ sono elementi, non soltanto essenziali, ma indissolubili della “ *legge penale* „ come di ogni altra legge, non potendosi concepire sanzione senza precetto e precetto senza sanzione; e concludemmo che il “ *precetto penale* „, al pari della “ *sanzione penale* „, deve, dunque, ritenersi parte costitutiva della legge penale e massima, anch'essa, di *diritto penale* e deve la legge penale essere concepita come una norma giuridica *unica*, che, mentre, da un lato, vieta o comanda ai sudditi una determinata azione o omissione sotto minaccia di una determinata pena (*precetto penale*), impone, dall'altro, agli organi dello Stato di applicare la pena e rispettivamente al reo di subirne l'applicazione (*sanzione penale*), nell'ipotesi, appunto, che il comando o il divieto sia stato effettivamente violato. Da questi principî, altrove ampiamente esposti, e qui brevemente riassunti, discende come naturale conseguenza:

a) che appunto perchè precetto penale e sanzione penale sono ambedue elementi essenziali ed indissolubili della legge penale, un precetto penale esiste sempre quale presupposto logicamente e praticamente indispensabile della sanzione penale. La differenza è solo in ciò: che, mentre la sanzione penale deve di necessità essere formulata espressamente nella legge penale, il precetto penale invece, come in sèguito vedremo, non ha bisogno di essere sempre espressamente formulato nella legge che contiene la sanzione penale, ma può esistere in essa soltanto tacito o implicito e può inoltre aver ricevuto o anche ricevere in futuro una espressa formulazione mediante leggi diverse dalla legge penale o mediante un regolamento e perfino, talvolta, mediante un atto amministrativo (da emettersi in futuro) (cfr. più oltre n° 155 e 156);

b) che, espresso o tacito, nella legge penale o fuori di essa, il precetto penale consiste sempre e soltanto nell'imperativo giuridico positivo (comando) o negativo (divieto) alla cui osservanza sta una *minaccia*, cioè una *sanzione* giuridica *penale* (comando di punire) e alla cui inosservanza è ricollegata, come conseguenza giuridica, l'applicazione della pena minacciata (applicazione della sanzione) e, come tale, esso, sia pure che regoli un rapporto fra individuo e individuo o fra individuo e Stato, è sempre un precetto autonomo e distinto da ogni altro precetto giuridico di diritto privato o di diritto pubblico, che, per necessità, o è sanzionato altrimenti che mediante la minaccia di una pena, o

non è sanzionato (e quindi, per noi, non esiste come precetto giuridico);

c) che, tacito o espresso, nella legge penale o fuori di essa, il precetto penale potrà eventualmente coincidere *in parte* con altro comando o divieto di diritto privato o di diritto pubblico, ma non coincide mai *totalmente* con alcun altro precetto giuridico, cioè non costituisce mai la semplice *ripetizione* di un'altra norma giuridica pubblica o privata. Per conseguenza *in nessun caso*, la legge penale si limita, come vorrebbero il Binding e il Beling, a farci " riconoscere „ quali azioni sono comandate o vietate da altre norme giuridiche, pubbliche o private, scritte o non scritte; ma anche nel caso in cui il precetto esiste solo tacitamente e implicitamente nella legge penale, questa, col fatto stesso della minaccia legislativa di una pena per il caso della sua inosservanza, *crea* direttamente il precetto, che, appunto perchè penalmente sanzionato, è un precetto penale e, come tale, è distinto da ogni altro precetto giuridico e non coincide mai con nessun altro precetto giuridico;

d) che, per conseguenza, l'illiceità giuridica in cui il reato esclusivamente consiste, e che è quindi esclusivamente essenziale al reato, è una *illiceità giuridica* unicamente *penale*, cioè sta sempre e soltanto nella trasgressione o violazione di un precetto — comando o divieto — penalmente sanzionato (precetto penale). Ciò è vero, tanto nel caso in cui un'azione violi unicamente un comando o divieto penalmente sanzionato, quanto nel caso in cui un'azione violi ad un tempo un comando o divieto penalmente sanzionato (precetto penale) e un altro comando o divieto, di diritto privato o pubblico, sanzionato altrimenti che mediante una minaccia penale; tanto, cioè, nel caso che una azione sia soltanto un reato e non già anche un torto giuridico privato o pubblico, quanto nel caso che essa rivesta ad un tempo il carattere di reato e quello di fatto illecito di diritto privato o di diritto pubblico. Anche in quest'ultimo caso, infatti, ciò che imprime all'azione il carattere di reato è, non già il rapporto di contraddizione in cui essa si trova col comando o col divieto di diritto privato o di diritto pubblico, non penale, ma esclusivamente il rapporto di contraddizione in cui essa si trova con un comando o divieto penalmente sanzionato, cioè con un precetto penale. E quindi, anche in tal ultimo caso, ciò che è decisivo per riconoscere se una azione sia, o non sia reato, è uni-

camente il suo carattere di azione *penalmente antigiuridica*, non già il suo carattere di azione giuridicamente illecita dal punto di vista del diritto privato o pubblico, non penale.

È tuttavia da osservare, a tale proposito, che mentre l'essere una azione contraria a un comando o divieto del diritto privato o pubblico, che non sia penale, non vale ad *affermare* in essa il carattere di reato, se non siasi al tempo stesso riconosciuto che essa è altresì una azione contraria a un comando o a un divieto penalmente sanzionato, per contro, l'essere una azione *conforme* a un *comando* o a un *divieto* o a un *permesso* giuridico, del diritto privato o del diritto pubblico, non penale, può ben valere a *negare* ad essa il carattere di reato che le è dato dal rapporto di contraddizione in cui essa si trova con un comando o divieto penalmente sanzionato (art. 49, n° 1 cod. pen.).

In altri termini: mentre la *illiceità giuridica* privata o pubblica, ma non penale, non serve ad affermare in una azione il carattere di reato, la *liceità giuridica* di questa azione, dal punto di vista del diritto privato o del diritto pubblico, non penale, vale tuttavia eccezionalmente ad *escludere*, come meglio si vedrà innanzi, nell'azione stessa il carattere di reato, cioè di azione giuridicamente illecita dal punto di vista del diritto penale.

150. II. Si è fatta questione se la violazione del diritto (e noi intendiamo qui, per le cose già dette, la violazione del diritto penale, non già del diritto in genere) sia il *risultato* del reato, ovvero debba considerarsi come un *elemento costitutivo* del reato stesso. Secondo alcuni l'*azione* delittuosa deve considerarsi come la " *causa* „ della violazione del diritto e questa come " *l'effetto* „ della azione medesima. Altri ritengono, bensì, esatto il dire che il reato è una azione contraria al diritto o, che è lo stesso, una violazione del diritto: non però il dire che esso *cagiona* una violazione del diritto. Per essi, più precisamente, l'illiceità giuridica è un " *elemento costitutivo* „ del reato, come lo è, ad esempio, l'azione e la colpa: non è già l'effetto o risultato del reato (1). La

---

(1) Cfr. in proposito: Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 16ª e 17ª ed., Berlin, 1908, § 32, p. 138, nota 1.

questione, chi ben guardi, è mal posta: onde ambedue le soluzioni di essa appariscono errate:

a) Erra chi ritiene che la violazione del diritto sia il risultato dell'azione delittuosa.

Quando si dice che il reato è una violazione o lesione del diritto, altro non si fa se non esprimere un *rapporto* fra un'*azione umana* e un *precetto* (comando o divieto) *del diritto* e non del diritto, in genere, ma del diritto penale, in particolare; più precisamente, un *rapporto di contraddizione* fra una azione o omissione umana e un precetto — comando o divieto — del diritto penale obiettivo (legge penale). L'illiceità giuridica o l'antigiuridicità penale, al pari della liceità giuridica o della giuridicità penale, altro, dunque, non è se non un attributo, un predicato della azione e, più precisamente, un predicato di relazione.

Il reato, dunque, è una violazione o lesione del diritto, in quanto l'azione, che lo costituisce, si trova in un rapporto di contrarietà o di contraddizione col diritto penale, nel che consiste la sua illiceità giuridica penale; ma non può dirsi che l'azione medesima sia causa della violazione del diritto penale, perchè non può il rapporto di contraddizione fra l'azione umana e il diritto penale (e meno ancora il *giudizio* che il giudice penale faccia di questo rapporto) rappresentarsi come un effetto o risultato della azione stessa. Effetto o risultato della azione delittuosa, come di ogni azione umana in genere, non può essere, invece, se non una modificazione sensibile del mondo esteriore: modificazione la quale — poichè oggetti del mondo sensibile non sono che gli uomini o le cose — necessariamente cadrà su una cosa o su un uomo, considerato nella sua esistenza fisica o anche soltanto nella sua esistenza psichica. Certo, poichè una azione, per essere reato, deve essere contraria a un precetto del diritto penale e poichè il diritto penale, come il diritto in genere, sostanzialmente considerato, è un organo di tutela di beni e interessi umani, deve una azione, per essere reato, necessariamente *produrre* una sottrazione o diminuzione di un bene, il sacrificio o la restrizione di un interesse umano penalmente tutelato, che è quanto dire una lesione o una minaccia di un bene o di un interesse giuridico. Risultato o effetto della azione delittuosa potrà, dunque, anche dirsi quella lesione o quella minaccia, cioè il danno o il pericolo di danno, che dall'azione deriva, non mai, ad ogni modo, la violazione del diritto penale. Chè se poi si volesse sapere in qual

modo il risultato o effetto della azione delittuosa, cioè la modificazione del mondo esteriore, possa costituire, ad un tempo, la lesione o la minaccia di un bene o interesse giuridico, essere cioè un *risultato o effetto dannoso o pericoloso*, basterebbe osservare che gli *uomini* (uomo singolo o collettività di uomini) sui quali cade quella modificazione, altro appunto non sono se non i *soggetti* o gli *oggetti* degli interessi umani che il diritto penale protegge, e che le *cose*, su le quali quella modificazione si verifica, altro non possono essere se non gli *oggetti* degli interessi medesimi.

Il fin qui detto vale nell'ipotesi che per " violazione del diritto „ si intenda violazione del diritto *penale obiettivo* (e lo stesso potrebbe dirsi se si intendesse: violazione del diritto obiettivo in genere).

Ma anche se per violazione del diritto s'intende *violazione di un diritto " subiettivo „* e più precisamente di un diritto subiettivo proprio dell'offeso, non per questo è più esatto l'affermare che la violazione del diritto costituisce il risultato o l'effetto del reato. Certo l'interesse, nella cui lesione o minaccia sta il danno o il pericolo di danno che costituisce il risultato o effetto del reato, è un interesse giuridicamente (penalmente) tutelato, e, *qualche volta* un diritto subiettivo penalmente tutelato. Ma anche quando il reato costituisce la violazione di un diritto in senso soggettivo, non soltanto nella violazione della pura *potestà o facoltà giuridica di volere*, ma insieme nella lesione o nella minaccia dell'*interesse* che costituisce lo *scopo* del volere medesimo, deve vedersi il danno e il pericolo e quindi anche il risultato o l'effetto del reato.

b) Ma se è erroneo il ritenere che la violazione del diritto (diritto penale) sia il *risultato* del reato, non è tuttavia esatto nemmeno l'affermare che la violazione del diritto (diritto penale) è un *elemento costitutivo* del reato.

Non bisogna confondere la natura o l'essenza di una cosa con gli elementi che la costituiscono e che la fanno essere quella che è. Sarebbe come dire che l'acqua è idrogeno o ossigeno per il fatto che essa è composta dall'unione dell'uno e dell'altro. È un *elemento costitutivo* del reato l'*azione umana*; e lo è, appunto perchè a costituire giuridicamente un reato, come ogni altro torto o illecito giuridico, è necessaria, cioè richiesta dal diritto penale, l'esistenza, appunto, di una manifestazione di volontà umana, positiva o negativa (commissione o omissione) da cui discenda, come

effetto o risultato, un evento, cioè, una modificazione del mondo esteriore. È un *elemento costitutivo* del reato la *colpa* (*dolo* o *colpa* in senso stretto); e lo è, perchè, a costituire giuridicamente il reato, come il delitto o quasi-delitto civile, è necessaria, cioè richiesta dal diritto penale, la previsione e la volontà dell'evento da parte di chi lo cagiona (dolo) o, quanto meno, la prevedibilità, secondo il comune giudizio, dell'evento medesimo (colpa). È un *elemento costitutivo* del reato anche il danno o il pericolo di danno (immediato); e lo è, perchè, a costituire giuridicamente il reato, è dal diritto penale richiesto che l'evento, risultante dall'azione, ad esso contraria, leda o minacci di ledere un bene, e, quindi, un interesse umano dal diritto stesso protetto.

Ma la violazione del diritto penale non è un elemento costitutivo del reato, bensì è l'essenza stessa del reato, giacchè il reato *è per sua natura* un *torto giuridico*, *un illecito giuridico* (penale), cioè un *quid* contrario al diritto penale o penalmente antigiuridico, che si voglia dire. Bene dunque si dirà che il reato " *è* „ una violazione del diritto penale o un torto giuridico o un illecito giuridico penale, *a costituire* il quale concorrono vari elementi, come l'azione, la colpa, il danno o il pericolo di danno e via dicendo: i quali son detti, appunto perciò, *elementi costitutivi* o condizioni di esistenza, del reato. Ma bene non si dirà che è elemento costitutivo del reato la violazione del diritto o l'illiceità giuridica o l'antigiuridicità penale, che costituisce, invece, ben più, l'essenza stessa, la natura intrinseca, l' " in sè „ del reato.

151. III. Ma che cosa è questa illiceità giuridica penale in cui sta la natura o l'essenza del reato? Anche di ciò si è dubitato. Taluni affermano che essa ha carattere puramente *formale*, cioè consiste esclusivamente in un rapporto di contraddizione fra l'azione umana e il diritto penale, o, più precisamente, nella violazione, mediante l'azione, di un comando o divieto del diritto penale (2). Altri,

---

(2) Così, su le traccie del BINDING, tra i più recenti: KITZINGER, *Die Lehre v. d. Rechtswidrigkeit im Strafrecht*, nel " Gerichtssaal „, 55 (1898), p. 1 e segg., HOLD V. FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, Bd. I, Jena, 1903, p. 381; BELING, *Lehre vom Verbrechen*, Tubingen, 1906, p. 32, 137, 141; FRANK, *Strafgesetzbuch*, Tübingen, 1908, p. 11.

accanto a una illiceità giuridica *formale*, ammettono una illiceità giuridica *materiale* e affermano che una azione, per costituire reato, deve essere formalmente e materialmente antigiuridica. Formalmente antigiuridica, essi aggiungono, è l'azione in quanto è violazione di una norma statuale, di un comando o divieto dell'ordine giuridico (e si deve aggiungere: penale). Materialmente antigiuridica, in quanto è offesa degli interessi di vita del singolo o della comunità, tutelati mediante le norme del diritto (e noi intendiamo: del diritto penale), cioè, in quanto è lesione o minaccia di un bene giuridico (3). Chi ben guardi, la disputa intorno al concetto della illiceità giuridica penale non è che un riflesso della disputa intorno al concetto stesso del diritto penale. Chi, riconoscendo al diritto penale natura puramente *formale*, ritiene che esso consista esclusivamente in un *complesso o sistema di imperativi*, è tratto a considerare l'illiceità giuridica penale come avente anch'essa un carattere puramente formale, a farla consistere, cioè, nella pura violazione di un comando o divieto del diritto penale. Chi pensa, invece, che il diritto penale non sia pura forma, ma forma e sostanza insieme, consista, formalmente, in un complesso di imperativi e, materialmente, in un sistema di tutela di beni e interessi; è portato a riconoscere alla illiceità giuridica penale una doppia natura, l'una, formale, materiale, l'altra, a farla consistere, quindi, non soltanto nella violazione di un comando o di un divieto del diritto penale, ma insieme altresì nella offesa del bene e dell'interesse che è protetto da quel comando o divieto, il che è quanto dire, nella lesione o nella minaccia di un bene e di un interesse giuridico. E che così sia, è naturale. L'illiceità giuridica o l'antigiuridicità penale non è che un concetto negativo; e alla questione: che cosa è contrario al diritto penale? che cosa è violazione del diritto penale? necessariamente appare come pregiudiziale l'altra: che cosa è il diritto penale? Se non che, pur ammettendo che il diritto penale abbia non soltanto una *forma*, ma altresì, un *contenuto* (che è dato non solo dai bisogni, dagli interessi e dagli scopi, ma anche dalle volontà e dalle azioni dei soggetti umani, indivi-

---

(3) Liszt, *Lehrbuch des deutsch. Strafrechts*, Berlin, 1908, § 32, p. 139. Nello stesso senso: Philipsborn, *Die Klassification der einzelnen strafbaren Handlungen*, Berlin, 1906, § 4, p. 25 e segg., 28 e segg.

duali e collettivi, nelle reciproche relazioni nascenti dalla vita associata); pur ammettendo che esso sia bensì un complesso di imperativi, di comandi o divieti, ma anche, al tempo stesso, un organo di tutela di interessi umani, individuali e collettivi, non per questo diventa esatta e accettabile la distinzione fra illiceità giuridica penale *formale* e illiceità giuridica penale *materiale*. La verità è che come il diritto penale in sè considerato, astrattamente dal suo contenuto, è pura forma, così ugualmente la violazione del diritto penale, cioè l'illiceità giuridica penale, considerata in sè, indipendentemente dalla materia sua, è anch'essa puramente formale. La verità è che, come la forma propria della norma giuridica (precetto) penale è quella di un imperativo, di un comando o di un divieto, così la forma propria della illiceità giuridica o del torto giuridico penale è quella di una violazione o trasgressione di un comando e di un divieto giuridico penale. Quella che va sotto il nome di illiceità giuridica penale materiale, appunto perchè materiale, non è l'illiceità giuridica penale, ma la materia della illiceità giuridica o del torto giuridico penale, è la materia della violazione del precetto giuridico penale. Anzi, nemmeno tutta la materia della violazione del diritto penale, bensì una parte soltanto di essa: è, più precisamente, *il danno o il pericolo di danno* che immediatamente e direttamente discende dal reato. Materia, infatti, della violazione di diritto cioè del torto giuridico penale, è, non soltanto il danno o il pericolo di danno immediato, cioè la lesione o la minaccia del bene e dell'interesse protetto dal comando o divieto che il reato trasgredisce; ma è insieme, altresì, fra l'altro, l'azione o omissione produttiva dell'evento dannoso o pericoloso che il diritto penale vieta, e in cui il reato consiste, il dolo o la colpa e via dicendo.

In conclusione: l'illiceità giuridica penale *formale* è la sola e vera illiceità giuridica: la così detta illiceità giuridica penale *materiale* non è l'illiceità giuridica penale ma è, invece, il danno o il pericolo di danno immediato: l'una costituisce l'essenza e la natura stessa del reato, l'altra è soltanto un elemento costitutivo del reato, come lo è l'azione e la colpa; è dunque esatto distinguere fra illiceità giuridica (necessariamente e sempre formale) e danno o pericolo di danno immediato: non già fra illiceità giuridica formale e illiceità giuridica materiale. S'intende che, poichè il danno o il pericolo di danno immediato (c. d. illiceità giuri-

dica materiale) costituisce il risultato della azione o omissione giuridicamente (penalmente) illecita, esso sarà necessariamente un danno o un pericolo di danno giuridico (non già *materiale* o *naturale*) o, più precisamente, un *damnum* " *iniuria* „ *datum*, consistente nella lesione o nella minaccia, non soltanto di un bene o interesse, ma di un bene e di un interesse *giuridico*, perchè protetto dal precetto (comando o divieto) giuridico penale che è violato dall'azione penalmente illecita: lesione o minaccia a cui l'autore di essa non aveva, d'altronde, alcun diritto o dovere giuridico.

Se non che si è affermato che la lesione o la minaccia di un bene o interesse giuridico (in altri termini il danno o il pericolo di danno immediato) non appartiene al *contenuto* o alla *materia* del reato, epperò non è un *elemento costitutivo* del reato la cui esistenza il giudice penale debba accertare per affermare l'esistenza del reato. A nessuna specie di reato — dice, ad esempio, il Finger — è necessario altro ulteriore elemento oltre quello della violazione di una norma penalmente sanzionata. Chi dice che il contenuto del reato è, inoltre, determinato dalla offesa di un bene giuridico scambia il motivo, da cui la norma ha origine, con l'oggetto della azione delittuosa. Ciò che era motivo essenziale per l'emanazione della norma non è necessario sia colpito dalla concreta azione violatrice della norma (4).

L'erroneità di questa obiezione appare evidente. Se l'unico essenziale elemento del reato, fosse quello, puramente formale, della violazione del divieto o comando penalmente sanzionato, non solo non sarebbe un elemento costitutivo del reato la lesione o la minaccia di un bene o interesse giuridico (danno o pericolo immediato), ma non sarebbe un elemento costitutivo del reato neppure l'azione o omissione (elemento materiale) e neanche il dolo o la colpa (elemento morale) i quali pure, insieme al danno o al pericolo immediato, entrano a far parte del contenuto o della materia del reato. La verità è invece che la violazione del precetto penale costituisce la forma del reato, il cui contenuto (o materia) è dato appunto dagli elementi costitutivi del reato; e fra questi è non solo l'azione e la colpa, ma è anche la lesione o la minaccia

(4) Finger, *Rechtsgut, rechtliche geschutzte Interesse oder subjectives Recht?* nel " Gerichtssaal „, Bd. 40, p. 153.

di un bene giuridico, cioè il danno o il pericolo di danno immediato. Certo la tutela dei beni e degli interessi umani individuali e collettivi (e prima ancora l'assicurazione delle condizioni della vita in comune da cui discende la necessità di quella tutela) forma il *motivo*, che è quanto dire lo *scopo*, per cui è emesso il precetto, non solo, ma anche la sanzione penale. Ma, appunto perchè ogni precetto penale *ha per iscopo* di tutelare giuridicamente un bene o interesse, individuale o collettivo, contro una azione o omissione umana offensiva di quel bene o interesse; è chiaro che l'azione o omissione violatrice del precetto necessariamente costituisce la lesione (danno) o la minaccia (pericolo) del bene o interesse giuridicamente tutelato dal precetto medesimo. Questo bene o interesse giuridico appare, dunque, come indispensabile oggetto di quella lesione o minaccia e quindi della stessa azione delittuosa: e la lesione o la minaccia del bene o interesse medesimo, cioè il danno o il pericolo di danno, come indispensabile parte della materia o del contenuto del reato e, quindi, come essenziale elemento costitutivo del reato. Tale elemento deve il giudice penale indagare ed accertare. Se ciò gli fosse precluso, gli sarebbero precluse, ad un tempo, molte altre indagini che egli pur può e deve, anzi, fare; l'indagine, ad esempio, dell'elemento morale o soggettivo del reato, cioè del *dolo* (previsione e volontà del danno e del pericolo) o della *colpa* (difetto di previsione e di volontà del danno, accompagnato dalla normale prevedibilità del danno stesso): l'indagine del momento consumativo o perfezionativo del reato: l'indagine eventuale dell'imperfezione giuridica del delitto (tentativo): l'indagine stessa della obiettività, e quindi della natura, giuridica dei singoli delitti in ispecie. Se ciò gli fosse precluso, gli sarebbe — in una parola — preclusa l'indagine dello " scopo „ dei precetti contenuti nella legge penale, cioè l'indagine della *ragione* e quindi anche del *pensiero* e della *volontà* dei precetti del legislatore penale. Ogni ricerca della " intenzione del legislatore „ (art. 3, d. p. c. civ.) sarebbe così resa impossibile al giudice penale e verrebbe meno, ad un tempo, la scienza di lui, ridotta a null'altro che ad una mera notizia della parola della legge, ad una interpretazione meramente grammaticale, e non più logica, della legge medesima.

È tuttavia da osservare, a tale proposito, che il giudice penale di nessun altro bene o interesse deve indagare l'esistenza se non del bene o interesse che la legge ha voluto tutelare, nessun'altra

lesione o minaccia di bene o interesse deve accertare, se non quella che la legge ha voluto vietare sotto minaccia di pena. Ora la legge penale, nei suoi precetti e nelle sue sanzioni, non tutela mai un *interesse concreto di un singolo individuo in un singolo caso*, ma sempre e soltanto *un interesse*, a così dire, *medio ed astratto della generalità degli individui nella generalità dei casi*. L'esistenza di questo, non di quello, la lesione o la minaccia di questo, non di quell'interesse, deve il giudice penale indagare ed accertare nel singolo caso, e di fronte al singolo individuo che fu vittima del reato. Perciò il giudice penale può bensì, e deve, ad esempio, indagare se esisteva e fu leso il bene della vita o quello della fedeltà coniugale, ma non può e non deve accertare, se *per caso*, l'omicida, uccidendo, abbia soddisfatto un *interesse* dell'ucciso, desideroso di troncare i suoi giorni: se, *per caso*, l'adultera, tradendo la fede coniugale, abbia reso un buon servizio al marito, interessato ai trascorsi della moglie. Così si risolve anche il famoso esempio asiatico di FINGER (5).

Ma qui non son tutte le difficoltà del problema. Come i beni e gl'interessi umani, individuali e collettivi, così le azioni umane ad essi conformi, cioè le azioni utili, e quelle ad essi contrarie, cioè le azioni dannose o pericolose (lesioni o minaccie di beni e interessi) preesistono al giudizio che sui beni e interessi medesimi e sulla utilità, ovvero sulla dannosità e pericolosità, delle azioni, emette il legislatore.

Può questo giudizio essere giusto, in quanto il legislatore abbia vietata sotto minaccia di una pena una azione che è realmente dannosa o pericolosa o abbia comandata sotto minaccia di pena o comunque non vietata, cioè permessa, un'azione che è realmente utile. Ma può anche essere ingiusto, in quanto il legislatore abbia vietata sotto minaccia di pena un'azione utile, ovvero abbia comandata o non vietata sotto minaccia di pena un'azione dannosa o pericolosa. Nel primo caso, accertando se e quale sia il bene o interesse che l'azione penalmente vietata lede o minaccia, o che l'azione, penalmente comandata o non vietata, soddisfa, il giudice penale altro non fa se non interpretare e applicare *in conformità del suo scopo* il precetto della legge penale; ciò che per-

(5) FINGER, Op. cit., l. c.

fettamente rientra nella sua funzione di giudice ed è quindi a lui non solo consentito, ma imposto. Ma, nel secondo caso, se al giudice penale fosse data facoltà di negare l'esistenza del reato, epperò di prosciogliere, per ciò che l'azione penalmente vietata non è, a suo giudizio, una azione dannosa o pericolosa, bensì una azione utile; più ancora, se gli fosse data facoltà di affermare l'esistenza del reato, epperò di condannare, per ciò che l'azione penalmente comandata o non vietata, non è, a suo giudizio, una azione utile, ma invece una azione dannosa o pericolosa; gli sarebbe al tempo stesso consentito di correggere e modificare la legge, sotto il pretesto di interpretarla logicamente, gli sarebbe, al tempo stesso, consentito di disapplicare e violare la legge, sotto il pretesto di applicarla in conformità del suo scopo. Gli sarebbe, in una parola, conferito il diritto di sovrapporre la sua volontà alla volontà del legislatore penale e di giudicare, non più *secundum leges*, ma addirittura *de legibus*: ciò che invece è manifestamente a lui vietato dall'ordinamento giuridico vigente (*obbligo di fedeltà del giudice alla legge*).

152. IV. Alla massima che una azione, per essere reato, debba essere non solo formalmente antigiuridica (e noi intendiamo: dal punto di vista del diritto penale), ma anche materialmente antigiuridica (cioè antigiuridicamente dannosa o pericolosa) si è tuttavia, di recente, voluto portare una limitazione che finisce in realtà col mutare del tutto il concetto stesso della così detta illiceità giuridica materiale: “ La lesione o la minaccia di un bene giuridico — si è detto — è allora soltanto *materialmente antigiuridica*, quando essa contraddice allo scopo dell'ordinamento giuridico regolante la vita in comune: essa, non ostante la sua direzione contro interessi giuridicamente tutelati, è *materialmente conforme al diritto* allorchè, e in quanto, essa corrisponde allo scopo dell'ordinamento giuridico e con ciò alla vita umana associata „ (6).

Che in tal modo il concetto della così detta illiceità giuridica materiale muti natura e venga a coincidere con quello della “ *antisocialità* „ dell'azione, o, per dir meglio, col concetto del “ *danno*

(6) Liszt, *Lehrbuch d. deutsch. Strafr.*, Berlin, 1908, § 32, p. 139.

sociale „ che dal reato *indirettamente* deriva e di cui già abbiamo detto (v. retro n[i] 117, 118, 119), appare evidente.

Resta, tuttavia, a sapere se, in tal senso intesa, la così detta e mal detta *illiceità giuridica materiale* debba distinguersi dalla così detta e inesattamente detta *illiceità giuridica formale*, o, in altri termini, e più precisamente, se sia esatto distinguere il *danno sociale,* indirettamente risultante dalla azione criminosa (il quale, appunto perchè “ danno „ impropriamente si designa col nome di “ *illiceità giuridica* „ materiale), dall'*illiceità giuridica* o *antigiuridicità* vera e propria (c. d. formale) della azione stessa. Che tale distinzione sia esatta, a noi non par dubbio. Il danno sociale mediato, invero, è dato dall'offesa o lesione dell'*interesse* che costituisce lo *scopo* dell'ordinamento giuridico penale: e come questo scopo è l'assicurazione delle condizioni fondamentali e indispensabili della vita in comune, così in tanto l'azione è *socialmente dannosa*, in quanto essa, *a giudizio del legislatore*, è una azione contraria a quelle condizioni, cioè, una azione *antisociale*. Come tale il danno sociale (mediato o indiretto), al pari del danno o del pericolo di danno immediato, nonchè dell'azione e della colpa, entra a far parte della *materia* o del “ *contenuto* „ del torto giuridico penale: esso costituisce, come il danno o il pericolo immediato, un risultato o effetto, sebbene soltanto indiretto, del reato. L'illiceità giuridica, invece, è data dalla violazione di un precetto, comando o divieto, del diritto penale: essa costituisce l'essenza stessa e la natura del reato come torto “ giuridico „ (fatto giuridico illecito), ma, appunto perciò, essa ci dà soltanto *la forma*, non la *materia* del reato, che è rappresentata, invece, dagli *elementi costitutivi* del reato stesso (azione, o omissione, dolo o colpa, danno o pericolo immediato, danno e pericolo mediato).

Ciò che si dice per il “ *danno sociale* o *mediato* „, vale anche per il *pericolo sociale mediato* che insieme a quello costituisce “ *l'antisocialità* „ della azione penalmente antigiuridica (cfr. *retro*, n° 120 e segg.) e che rientra, così, anch'esso, nella considerazione del *contenuto* o della *materia* del reato.

Come il danno sociale mediato, così anche il pericolo sociale mediato si distingue, cioè, nettamente dalla illiceità giuridica penale (così detta illiceità giuridica formale). Il pericolo sociale, invero, è il pericolo, psicologicamente prodotto dal reato già commesso (effetto indiretto o mediato del reato), di nuovi e futuri

reati da parte di tutti e contro tutti i cittadini (pericolo delle criminalità, come fenomeno sociale generale); è, cioè, in definitiva il pericolo (constatato dallo stesso legislatore) per l'esistenza della società giuridicamente organizzata e, come tale, non può anch'esso non apparire nettamente separato dalla violazione del comando o divieto penalmente sanzionato, in cui l'illiceità giuridica penale consiste.

Come dall'*illiceità giuridica penale* si distingue la *antisocialità* (*dannosità e pericolosità sociale*), dell'azione, così dalla *liceità giuridica penale* della azione si distingue la " *socialità* " (*utilità sociale*) della azione stessa. La *liceità giuridica penale* di una azione o di una omissione consiste, infatti, nel *non essere* l'azione giuridicamente vietata o l'omissione giuridicamente comandata dal diritto penale sotto minaccia di una pena.

La *socialità*, o meglio, l'*utilità sociale* della azione o omissione, consiste invece nella sua *conformità alle condizioni* (bisogni) *della vita in comune*, l'assicurazione delle quali costituisce lo *scopo* dell'ordinamento giuridico penale, e, quindi, nella conformità allo scopo medesimo.

Tuttavia se l'illiceità giuridica penale si distingue dalla antisocialità di una azione, se la liceità giuridica penale si distingue dalla sua socialità, ciò non vuol dire che non esista un *rapporto* fra illiceità giuridica penale e antisocialità di una azione, da un lato, fra liceità giuridica penale e socialità di una azione, dall'altro. Un rapporto esiste, e si può esprimere brevemente così: *L'illiceità giuridica penale non è che il giudizio, da parte del legislatore penale, della antisocialità di una azione*, il giudizio del legislatore affermativo della antisocialità della azione (o, che è lo stesso, negativo della sua socialità). Parimenti: la *liceità giuridica penale non è che il giudizio, da parte del legislatore penale, della socialità di una azione*, il giudizio del legislatore affermativo della sua socialità (o, che è lo stesso, negativo della sua antisocialità). Ora è evidente che la antisocialità o la socialità di una azione *preesiste* al giudizio che il legislatore penale rispettivamente fa dell'una o dell'altra. Il legislatore penale, infatti, trova, non crea l'antisocialità o la socialità delle azioni. Esso trova azioni o omissioni " antisociali " e le dichiara penalmente illecite, cioè le vieta sotto minaccia di una pena (dichiarazione legislativa delle reità di una azione o omissione): trova azioni o omissioni sociali e le dichiara penal-

mente lecite cioè non le vieta sotto minaccia di pena (e quindi le *autorizza*). Ugualmente è evidente che la antisocialità o la socialità di una azione è *indipendente* dal giudizio (valutazione) che il legislatore penale rispettivamente fa di quella antisocialità o socialità. Questo giudizio, infatti, può essere giusto. cioè vero ed esatto, e può essere ingiusto, cioè falso e inesatto. Nel primo caso l'antisocialità e l'illiceità giuridica penale, da un lato, la socialità e la liceità giuridica penale, dall'altro, coincideranno. Non coincideranno, invece, nel secondo. Nel primo caso, l'azione sarà ad un tempo antisociale e penalmente illecita, ovvero sociale e penalmente lecita. Nel secondo caso, l'azione potrà essere: sociale e penalmente illecita o antisociale e penalmente lecita. In quest'ultimo caso, il legislatore penale avrà vietato una azione socialmente utile o comandato una omissione socialmente dannosa e pericolosa, ovvero non avrà vietato una azione socialmente dannosa e pericolosa, o non avrà comandato una omissione socialmente utile.

Sorge allora il problema. Deve il giudice penale limitarsi a giudicare esclusivamente della illiceità, o della liceità, giuridica penale di una azione, o può e deve egli estendere il suo giudizio anche alla antisocialità, o socialità, dell'azione stessa?

A) Secondo alcuni il giudice penale di altro non può giudicare se non della illiceità, ovvero della liceità, giuridica penale, di una azione. Egli può, cioè, e deve soltanto vedere se una azione o omissione è penalmente vietata, ovvero se una azione o omissione è penalmente non vietata, cioè, permessa. Ma egli non può e non deve indagare altresì se una azione o omissione è socialmente dannosa e pericolosa ovvero socialmente utile. Giacchè il giudizio sulla antisocialità, o sulla socialità, di una azione o omissione è esclusivamente riservato al legislatore penale; e il giudice penale, se si arrogasse il diritto di dichiarare l'antisocialità, o la non antisocialità, delle azioni umane, invaderebbe il campo del potere legislativo, usurperebbe il potere e la funzione propria del legislatore penale.

Uno dei più energici sostenitori di questa opinione è il BELING. " Non può dubitarsi — egli dice — — che il reato sia una azione socialmente dannosa o pericolosa. Essa è tale di solito ed è desiderabile che sia tale; ma concettualmente non è necessario che essa sia tale e tanto meno poi è possibile il porre la pericolosità so-

ciale al posto della illiceità giuridica. Chi potrebbe negare che il nostro attuale diritto penale, del pari che i diritti penali anteriori, sottoponga a pena parecchi fatti i quali non presentano neanche un granello di pericolosità sociale? E che, per converso, oggidì parecchie azioni socialmente pericolose vanno esenti da pena? La definizione del reato come “ *azione socialmente pericolosa* „ potrebbe, al più, valere come opinione che il reato sia “ *un'azione dichiarata dalla legge socialmente pericolosa* „. Ma anche questa concezione sarebbe falsa, poichè essa conterrebbe la finzione che la legge consideri tutte le azioni punibili come socialmente pericolose, tutte le azioni esenti da pena, come socialmente non pericolose. Ora, che ciò che *di fatto* è socialmente pericoloso o non pericoloso, non coincida necessariamente con ciò che *dalla legge è dichiarato tale*, non c'è bisogno di dimostrare: anche qui la legge può andar soggetta all'errore.

E che dire poi quando la legge *coscientemente* lascia impunita una azione socialmente pericolosa o punisce una azione socialmente non pericolosa? La considerazione dell'organismo sociale *deve* essere sempre chiara dinanzi agli occhi del legislatore; ma *di fatto* essa non è sempre chiara. Quando dal laboratorio del legislatore sia uscita fuori una legge penale, noi non siamo affatto legittimamente autorizzati a esaminare posteriormente la pericolosità o la non pericolosità sociale. Chi assume la pericolosità sociale fra gli elementi costitutivi del reato scambia manifestamente l'*ideale* della legislazione con l'essenza del prodotto legislativo. Il prodotto è là finalmente; e nessuno deve, dopo ciò, porre in questione (*de lege lata*, s'intende) se esso corrisponda all'ideale, se, sopratutto, nella sua formazione, l'ideale fu presente agli occhi del legislatore „ (7). E non diversamente altrove, — confutando il concetto della illiceità giuridica materiale (intesa come antisocialità) dell'azione — si esprime il Beling: “ La così detta illiceità giuridica materiale non appartiene al diritto positivo: conseguentemente nel diritto penale non si deve operare con essa. Essa non è *illiceità giuridica*, ma importa soltanto un programma per il legislatore, un voto, ad esso diretto, di far corrispondere a certe esigenze la illiceità effettiva, cioè, giuridico-positiva e formale „ (8).

(7) Beling, *Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, § 5, pp. 32-33.
(8) Beling, *Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, § 15, p. 137.

B) Noi non possiamo accettare questa dottrina. Indubbiamente — e lo abbiamo detto — il giudizio legislativo su l'antisocialità, o la socialità, di una azione o omissione può eventualmente *per errore* e, sia pure, per *mala fede* del legislatore penale, non essere conforme al vero, cioè, giusto ed esatto, non essere, in altri termini, corrispondente alla reale ed effettiva antisocialità o socialità dell'azione o omissione (più spesso questa non corrispondenza dipende da un mutamento delle esigenze stesse della vita sociale a cui il diritto penale deve rispondere). Conseguentemente può una azione o omissione penalmente illecita (cioè preveduta dalla legge come reato), non essere, al tempo stesso, socialmente dannosa e pericolosa (antisociale), ma, essere invece, socialmente utile (sociale).

Ugualmente può una azione o omissione penalmente lecita (cioè non preveduta dalla legge come reato) non essere, al tempo stesso, socialmente utile (sociale), ma essere, invece, socialmente dannosa e pericolosa (antisociale). Indubbiamente, nel primo caso, il giudice penale non può dichiarare che non costituisce reato una azione o omissione che è preveduta come reato dalla legge penale e prosciogliere così l'autore per ciò che l'azione o omissione medesima *non è, a suo giudizio, una azione o omissione antisociale*. Tanto meno, nel secondo caso, può il giudice penale dichiarare reato una azione o omissione che non è come reato preveduta dalla legge penale e condannare a una pena il suo autore, per ciò che l'azione o omissione *è, a suo giudizio, una azione o omissione antisociale* (art. 1 cod. pen.). Ma significa ciò, forse, che al giudice penale sia interdetto qualsiasi giudizio su l'antisocialità o la non antisocialità dell'azione della quale egli è chiamato a decidere se, secondo la legge, costituisca, oppur no, un reato? Neppur per sogno. Ciò significa soltanto — ed è ben naturale — che il giudice penale, come ogni altro giudice, ha non soltanto il diritto e l'obbligo di giudicare (*facultas jus dicendi*, giurisdizione), ha non soltanto l'obbligo di giudicare sempre ed in ogni caso (*obbligo di non denegare giustizia*; art. 783 c. p. c.; 178 c. p.), ma ha anche, al tempo stesso, l'obbligo di giudicare sempre secondo la legge, di giudicare applicando ad ogni caso la legge (*obbligo di fedeltà del giudice alla legge*) (art. 3 capov., D. P. C. C.; 1 cod. pen.). Ciò significa soltanto — e per conseguenza — che il giudice penale, come ogni altro giudice, nell'esercizio della sua funzione di giudice (cioè

nell'esercizio del suo diritto e nell'adempimento del suo dovere di giudicare) *è legato e sottoposto alla legge*, nel senso che egli ha l'obbligo di non giudicare altrimenti che secondo la legge, che applicando la legge: il che è quanto dire che egli non può giudicare contro la legge, cioè disapplicarla e violarla, non può giudicare della legge, cioè criticarla e correggerla, non può giudicare senza e oltre la legge, cioè applicare norme che non siano di legge. Ma appunto perchè il giudice penale ha l'obbligo di giudicare secondo la legge, cioè applicando la legge penale, e applicare la legge penale non è possibile senza interpretarla, e interpretarla non è possibile senza indagarne lo scopo — che è appunto nel nostro caso quello di vietare penalmente le azioni antisociali, di non penalmente vietare, cioè, di permettere, le azioni non antisociali — è chiaro che il giudice penale, chiamato a decidere se una azione, secondo la legge, costituisca, oppur no, un reato, ha non solo il diritto, ma insieme il dovere di giudicare della antisocialità o socialità dell'azione medesima. Tale diritto e dovere giuridico ha il giudice penale sempre e in ogni caso, perchè sempre ed in ogni caso deve egli interpretare la legge penale che è chiamato ad applicare, epperò rendersi conto dello scopo che la legge medesima si propone.

Può il giudizio del giudice penale su l'antisocialità, o la non antisocialità, di un'azione trovarsi d'accordo con quello su l'antisocialità o socialità dell'azione stessa anteriormente emesso dal legislatore penale nell'atto di dichiararla, o non dichiararla, reato; e in tal caso, sia che il giudizio del legislatore e quello del giudice siano entrambi esatti, sia pure che siano entrambi inesatti, nessuna questione può sorgere. Ma può darsi invece che il giudizio del giudice penale non coincida con quello del legislatore penale, in quanto il legislatore abbia giudicato antisociale, epperò incriminata, una azione che, a giudizio del giudice, non è antisociale, epperò non era incriminabile, o abbia giudicato non antisociale, epperò non incriminata, una azione che, a giudizio del giudice, è antisociale e quindi era incriminabile.

In tal caso, sia nell'ipotesi che ingiusto sia il giudizio del giudice e giusto quello del legislatore, sia pure nell'ipotesi che ingiusto sia il giudizio del legislatore e giusto quello del giudice, nel conflitto fra l'uno e l'altro, *deve* al *giudizio* (*sia pure esatto* e tanto più inesatto), *del giudice penale, prevalere il giudizio* (*sia pure inesatto*,

e tanto più esatto) *del legislatore penale*. Questo è l'unico limite che il giudice penale incontri: ed è limite che non riguarda il diritto e il dovere del giudice penale di giudicare della antisocialità o socialità di una azione o omissione penalmente illecita o lecita, ma riguarda unicamente il diritto e il dovere che il giudice penale ha, una volta ammessa o esclusa l'illiceità giuridica penale dell'azione o omissione, di condannare o prosciogliere: cioè è limite imposto, non all'interpretazione, bensì soltanto all'applicazione della legge penale.

Del resto, il caso, più sopra ipotizzato, che il giudizio legislativo su l'antisocialità o socialità di una azione (epperò la illiceità o liceità giuridica penale di essa) non corrisponda, per errore o per dolo del legislatore penale, alla vera e effettiva antisocialità o socialità dell'azione stessa, non è che una dolorosa eccezione. Esso rappresenta, a così dire, un fenomeno di patologia legislativa. Certo noi non possiamo escludere l'eventuale errore (fortuito o colposo) e neanche la mala fede eventuale del legislatore. Ma non dobbiamo nemmeno presumerli. Dobbiamo, anzi, presumere il contrario. *Normalmente, nella generalità dei casi* — e lo ammette lo stesso Beling — il giudizio del legislatore corrisponde, infatti, naturalmente, alla verità. *Di regola,* cioè, le azioni che il legislatore dichiara punibili sono azioni realmente antisociali, e sono effettivamente non antisociali, quelle che il legislatore manda esenti da pena. Se il giudice penale dovesse limitarsi a giudicare esclusivamente della illiceità o della liceità giuridica penale di una azione e non potesse estendere altresì il suo giudizio anche alla antisocialità o socialità dell'azione stessa, egli si troverebbe dunque costretto *nella generalità dei casi* a rinunziare ad ogni e qualunque indagine intorno allo " scopo " del precetto legislativo penale, e così a ogni interpretazione " logica " della legge penale. Se lo " scopo " a cui tende, e deve tendere, la " volontà " del legislatore penale è, a detta dello stesso Beling, quello di punire le azioni antisociali, di lasciare impunite le azioni non antisociali: chi può infatti negare che quello scopo, in quanto (ed è la regola) sia effettivamente raggiunto da quella volontà, costituisca appunto, insieme ad essa, l'intenzione del legislatore penale (*ratio, mens, voluntas legis*)? Quell'intenzione del legislatore che, insieme al significato delle parole legislative, unicamente può far palese il senso che il giudice deve attribuire alla legge penale nella sua applicazione, e

nell'indagine della quale sta appunto l'interpretazione logica, e non già soltanto letterale o grammaticale, della legge medesima? (art. 3 d. p. c. civ.).

Indagare *come e perchè* il legislatore penale abbia giudicato antisociale, o non antisociale, una azione e, come tale, l'abbia, o non l'abbia, vietata sotto minaccia di una pena, è dunque consentito, non solo, ma imposto al giudice penale, giacchè, così facendo, egli indaga lo " scopo „ della legge penale e, a seconda di esso, logicamente l'interpreta e l'applica ai casi particolari: cioè esercita il diritto e adempie il dovere che egli, come giudice, ha, di interpretare e di applicare la legge. Tale indagine dello scopo, anche remoto, della legge penale, sempre consentita ed imposta al giudice nell'interpretazione e applicazione della legge medesima, appare poi particolarmente a lui necessaria per l'uso del potere discrezionale che la legge gli lascia nell'applicazione della pena: per l'uso, ad esempio, della facoltà, dal legislatore rilasciata appunto al prudente arbitrio del giudice, di spaziare entro il massimo e il minimo della pena stabilita dalla legge, di applicare una specie penale comminata dal legislatore alternativamente con altra, di concedere le così dette " attenuanti generiche „ (art. 59 c. p.) e via dicendo. In tali casi, infatti, se il giudice penale si valesse del suo potere discrezionale per uno scopo diverso da quello per cui la legge gli consentì quel potere, egli si renderebbe colpevole di *eccesso o di abuso del potere* medesimo.

Si trovi dunque, come avviene di regola, il giudizio del giudice su l'antisocialità, o socialità, dell'azione ad esser d'accordo con quello del legislatore, — e cioè con la dichiarazione legislativa della illiceità o liceità giuridica penale dell'azione stessa, — ovvero non si trovi ad essere con esso d'accordo, sempre è giusto che quel giudizio sia al giudice consentito ed imposto nell'interpretazione e nell'applicazione della legge penale.

Ma giusto è del pari che, in tale ultimo caso, nel conflitto fra il giudizio del legislatore e quello del giudice, debba il primo prevalere al secondo.

Se, invero, sotto il pretesto di logicamente interpretare ed applicare la legge penale in conformità del suo scopo, il giudice penale potesse dichiarare che lo scopo voluto dal legislatore non fu raggiunto, se egli potesse, in altri termini, criticare e correggere la legge penale e conseguentemente dispensarsi dallo applicarla, ver-

rebbe meno tutta l'utilità che alla società e all'individuo arreca la funzione legislativa penale, che è da un lato, di sicuramente garantire la difesa sociale dello Stato contro il pericolo della delinquenza e dall'altro, e sopra tutto, di sicuramente tutelare la libertà individuale del cittadino contro gli eccessi della difesa medesima. Anche, dunque, nel caso, fortunatamente eccezionale, in cui il legislatore penale, abbia erroneamente omesso di punire una azione socialmente dannosa e pericolosa o abbia erroneamente sottoposto a pena una azione che non è socialmente dannosa o pericolosa, e tanto più nel caso, fortunatamente normale, in cui in nessun errore incorse il giudizio legislativo sulla antisocialità o non antisocialità di una azione umana; appare opportuno il principio giuridico che il giudice penale fa servo della legge penale. D'altronde, dare al giudice penale il diritto di correggere gli errori incorsi dal legislatore penale nel giudizio, che egli emette, sull'antisocialità, o meno, delle azioni umane, sarebbe estremamente pericoloso. Se noi non possiamo e non dobbiamo escludere l'eventualità dell'errore, fortuito o colposo o doloso, del legislatore, perchè mai potremmo e dovremmo escludere l'eventualità dell'errore, fortuito o colposo o doloso, del giudice? E perchè mai dovremmo preferire all'errore del legislatore quello del giudice, piuttosto che, tutt'al contrario, all'errore del giudice, quello del legislatore?

Concludendo: il giudice penale ha il diritto e il dovere giuridico di indagare:

I. se l'azione o omissione, su la quale è chiamato a decidere, è una azione o omissione penalmente illecita, cioè contraria a un precetto (divieto o comando) del diritto penale, ovvero penalmente lecita, cioè non contraria a un precetto (divieto o comando) del diritto penale e quindi penalmente autorizzata o permessa (indagine su l'antigiuridicità, o non antigiuridicità, dell'azione);

II. se l'azione o omissione, penalmente illecita o lecita, è una azione o omissione antisociale, cioè socialmente dannosa e pericolosa, ovvero non antisociale, non socialmente dannosa e pericolosa (indagine sulla antisocialità, o non antisocialità, dell'azione):

1° La prima indagine deve precedere ogni altra. Essa può condurre il giudice a tre risultati e a tre soli:

a) L'*azione o omissione è penalmente illecita o antigiuridica*, in quanto è contraria a un precetto (divieto o comando) pe-

nalmente sanzionato: essa costituisce cioè un reato espressamente preveduto dalla legge penale;

β) L'*azione o omissione è penalmente non illecita* in quanto non è contraria a un precetto (divieto o comando) penalmente sanzionato (non costituisce un reato espressamente preveduto dalla legge) e quindi è *giuridicamente (penalmente) libera* cioè *lecita o autorizzata o permessa* (art. 1 cod. pen.; 4 d. p. c. civ.);

γ) L'*azione o omissione è penalmente illecita o antigiuridica,* cioè è contraria a un divieto o comando penalmente sanzionato, costituisce un reato espressamente preveduto dalla legge; *ma esistono circostanze che escludono, secondo la legge (penale o non penale) l'illiceità giuridica penale, cioè, il carattere di reato (cause di esclusione della illiceità giuridica penale, cause di giustificazione del reato).* In altri termini: *l'azione o omissione è di regola penalmente illecita* (reato), *ma (per le circostanze che l'accompagnano) diventa eccezionalmente una azione o omissione penalmente lecita,* giacchè costituisce l'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere giuridico concesso, l'uno, o imposto, l'altro, da un'altra norma legislativa, penale o non penale;

2° La seconda indagine deve seguire logicamente e cronologicamente la prima; essa può condurre il giudice ai seguenti risultati:

α) L'azione o omissione *penalmente illecita è anche,* al tempo stesso, *antisociale*;

β) L'azione o omissione *penalmente illecita è,* tuttavia, *non antisociale*;

γ) L'azione o omissione *penalmente non illecita* (lecita) *è* anche, al tempo stesso, *non antisociale*;

δ) L'azione o omissione *penalmente non illecita* (lecita) è, tuttavia, *antisociale*;

ε) L'azione o omissione, *per eccezione, penalmente lecita* è anche, al tempo stesso, *non antisociale* (sociale, socialmente utile);

η) L'azione o omissione *per eccezione penalmente lecita* è, tuttavia, *antisociale.*

I casi, α), γ), ε), sono i casi in cui il giudizio del giudice penale su la antisocialità, o non antisocialità, dell'azione coincide con quello del legislatore penale (siano poi essi entrambi nel vero, o entrambi nel falso).

I casi β), δ), η) sono i casi in cui il giudizio del giudice penale

su la antisocialità, o non antisocialità, dell'azione è difforme da quello del legislatore penale (sia che il legislatore, sia nel falso e il giudice nel vero, sia pure che il legislatore sia nel vero e il giudice nel falso).

Nei casi α), γ), ε), il giudice penale, per le cose già dette, interpreterà e applicherà la legge penale secondo il suo scopo. Nei casi β), δ), η), egli non potrà criticare e correggere la legge penale e tanto meno rifiutarsi di applicarla, ma dovrà interpretarla e applicarla attribuendole il senso che è fatto palese dal significato delle parole, non solo, ma dalla stessa intenzione, sia pure errata, del legislatore penale.

153. V. Si è affermato altresì che una azione o omissione, per essere reato, non deve soltanto essere contraria ad un divieto o comando penalmente sanzionato, cioè, *penalmente illecita*, ma occorre inoltre che essa sia una azione o omissione *ingiusta*, vale a dire tale che " *non può essere riconosciuta come giusto mezzo ad un giusto scopo* „. In altri termini: ad affermare che una azione o omissione costituisce un reato non basterebbe la sua *(formale)* " *illiceità giuridica penale* „ (contrarietà a un precetto penale), ma si richiederebbe, inoltre, la sua (*materiale*) " *ingiustizia* „. Il giudice dovrebbe, perciò, in ogni singolo caso, anche senza una speciale eccezione relativa a ciò, accertare, oltre la presenza degli elementi costitutivi (generali e speciali) del reato, la " ingiustizia „ dell'azione o omissione che lo costituisce. L'ingiustizia dell'azione o omissione figurerebbe, per tal modo, anch'essa fra gli elementi costitutivi generali del reato. Per conseguenza: ad escludere l'illiceità giuridica penale di un'azione o omissione, che è quanto dire a stabilire la sua liceità giuridica penale, basterebbe dimostrare che l'azione o omissione, preveduta come reato (cioè penalmente illecita), è " giusta „, anche se non concorra una causa *giuridicamente* esclusiva di quella illiceità, cioè una causa di giustificazione del reato. Penalmente lecita sarebbe pertanto una azione o omissione, non soltanto quando essa non è contraria a un precetto (divieto o comando) penalmente sanzionato, (cioè quando non costituisce un reato), non soltanto quando, pur essendo contraria a un precetto penale, (cioè pur costituendo un reato), essa è giuridicamente autorizzata od imposta, ma altresì quando, pur essendo contraria a un precetto penale, cioè pur costituendo un reato, essa, a giudizio

del giudice, non è ingiusta, ma *giusta*, nel senso che rappresenta un " *giusto mezzo ad un giusto scopo* „. Così, sul fondamento della *teorica del diritto giusto*, di STAMMLER (9) è recentemente venuto sostenendo GRAF ZU DOHNA (10).

Non è qui naturalmente il caso di sottoporre ad una revisione critica la teoria *Stammleriana* del " *diritto giusto* „ concepito come " *un diritto naturale con contenuto variabile* „ cioè come un diritto che si forma e ha vigore fuori e indipendentemente da ogni organizzazione statuale (diritto naturale), ma che non ha, tuttavia (a differenza di ciò che riteneva l'antica dottrina giusnaturalista), un carattere assoluto, universale e immutabile. bensì un carattere puramente storico, relativo al tempo ed al luogo (11).

A noi basta affermare che, si creda pure all'esistenza di un " diritto naturale „ in contrapposto al " diritto positivo „, o meglio all'esistenza di una " giustizia „ in contrapposto al " diritto „; si concepisca la giustizia, come noi la concepiamo, cioè come il complesso delle condizioni fondamentali e indispensabili della vita in comune, o la si concepisca in altro modo qualsiasi (ed anche in quello sostenuto da STAMMLER e da GRAF ZU DOHNA); sempre sta che altra cosa è " giustizia „ altra è " diritto „; che la " giustizia „ può bensì coincidere col diritto, ma può anche non coincidere; che, per conseguenza, può il diritto esser giusto, ma può anche esser ingiusto. Se ciò è vero, e lo ammette con lo STAMMLER lo stesso GRAF ZU DOHNA (12), è anche evidente: 1° che la *giustizia* di una azione o omissione si distingue dalla sua " *giuridicità* „ o " *liceità giuridica penale* „; 2° che l'" *ingiustizia* „ di una azione o omissione si distingue dalla sua " *antigiuridicità* „ o " *illiceità giuridica penale* „; 3° che la liceità giuridica penale di una azione o omissione non è che il giudizio, da parte del legislatore pe-

(9) STAMMLER, *Die Lehre von dem richtigen Recht*, Berlin, 1902, specialm. p. 1 e segg.

(10) GRAF ZU DOHNA, *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Thatbestande strafbaren Handlungen*, Halle, 1905, p. 50 e segg.

(11) STAMMLER, *Die Lehre von dem richtigen Recht*, Berlin, 1902, p. 1 e segg.; *Wirthschaft und Recht nach der materialistische Geschichtsauffassung*, 2ª ediz., Leipzig, 1906, p. 181 e segg.

(12) STAMMLER, *Lehre v. d. richtigen Recht*, p. 34 e segg.; GRAF ZU DOHNA, *Rechtswidrigkeit*, p. 50 e segg.

nale, della " *giustizia* „ di essa, e l'illiceità giuridica penale di una azione o omissione, non è che il giudizio, da parte del legislatore penale, della " *ingiustizia* „ di essa; 4° che questo giudizio legislativo della giustizia od ingiustizia di una azione o omissione può essere esatto od inesatto, vero o falso: 5° che, nel primo caso, l'illiceità giuridica penale e l'ingiustizia, la liceità giuridica penale e la giustizia, di una azione o omissione coincideranno e non coincideranno, invece, nel secondo. Ciò posto, il problema è sempre quello di vedere: 1° se il giudice penale, oltre l' illiceità, o la liceità, giuridica penale, di una azione o omissione, abbia altresì, o non abbia, facoltà di indagare l'ingiustizia, o la giustizia, dell' azione o omissione medesima; 2° in caso affermativo, come debba il giudice penale regolarsi nella ipotesi che, per suo errore o per errore del legislatore (o anche semplicemente per le mutate esigenze di giustizia), il suo giudizio ed il giudizio del legislatore penale su l' ingiustizia o la giustizia di una azione o omissione, vengano a trovarsi *in conflitto*.

1. Noi non dubitiamo di affermare che il giudice penale ha:

1° il diritto ed il dovere di indagare e accertare in primo luogo se l'azione o omissione, sottoposta al suo giudizio, è penalmente lecita o illecita, ma ha altresì:

2° il diritto e il dovere di indagare e di accertare, in secondo luogo, se l'azione o omissione medesima è giusta o è ingiusta. Il giudice penale ha, invero, non solo il diritto, ma l' obbligo di applicare la legge penale, e per applicarla deve, prima ancora, interpretarla. Questa interpretazione non è solo letterale, ma anche logica, e come tale, è una interpretazione non soltanto dichiarativa, ma eventualmente anche estensiva o restrittiva o comunque modificativa o correttiva; più ancora dove la legge, logicamente interpretata, non soccorra, dove essa presenti, cioè, una *lacuna*, il giudice penale può integrare questa lacuna facendo ricorso, a seconda dei casi, all' *argumentum a contrario*, ovvero alla *analogia*, e perfino, talvolta, ai *principii generali di diritto*. Ma interpretare logicamente la legge penale e tanto più integrarne le lacune, non sarebbe possibile al giudice senza indagare lo " scopo „ della legge medesima. Ora lo " scopo „ del diritto penale, come del diritto in genere, è l'assicurazione delle condizioni fondamentali e indispensabili della vita in comune, il complesso delle quali, costituisce, appunto, per noi, la " giustizia „. Per conseguire il suo scopo,

cioè per assicurare la giustizia, il diritto penale vieta, appunto, sotto minaccia di pena, cioè dichiara penalmente illecite le azioni ad essa contrarie, cioè le azioni " *ingiuste* „; non vieta sotto minaccia di pena, cioè dichiara penalmente lecite, le azioni ad essa conformi, cioè le azioni " giuste „. È, dunque, evidente che il giudice penale, perchè possa adempiere la sua funzione di giudice che è quella di applicare la legge penale ai singoli casi, e a tutti i singoli casi, sottoposti al suo esame, debba avere il diritto e il dovere di accertare, non solo se una azione o omissione è penalmente lecita o illecita, ma altresì se essa è " giusta „ o " ingiusta „ conforme o contraria alla " giustizia „ o, ciò che per noi è lo stesso, se essa è conforme o contraria alle condizioni della vita in comune (sociale o antisociale).

II. Ma se il giudice penale ha insieme il diritto ed il dovere di indagare, non solo se un' azione è penalmente lecita o illecita, ma anche se essa è giusta e ingiusta, non può tuttavia dubitarsi, per le cose altrove già dette, che *nel caso di conflitto* fra il giudizio del legislatore e quello del giudice su la giustizia e l'ingiustizia di una azione, debba il giudizio del legislatore *prevalere* a quello del giudice. Il giudice penale, essendo *sottoposto alla legge*, non può, in altri termini, condannare per una azione non preveduta come reato dalla legge penale, per ciò che essa è, a suo giudizio, una azione " *ingiusta* „ (art. 1 cod. pen.), e non può prosciogliere per una azione preveduta come reato dalla legge penale, per ciò che essa è, a suo giudizio, una azione " giusta „. Bisogna, dunque, anche qui, distinguere a seconda dei risultati a cui perviene il giudizio del giudice su l'ingiustizia o la giustizia di una azione, in confronto dei risultati a cui perviene il giudizio del giudice stesso su l'illiceità, o la liceità, giuridica penale dell'azione in discorso.

A) Il giudizio del giudice su l'illiceità o la liceità giuridica penale dell'azione deve naturalmente precedere quello del giudice stesso su l'ingiustizia o la giustizia dell'azione medesima. Esso può condurre, come fu detto, a tre risultati:

a) L'azione è penalmente illecita (il che è quanto dire, è ingiusta a giudizio del legislatore penale);

b) L'azione è penalmente lecita (il che è quanto dire, è giusta a giudizio del legislatore penale);

c) L'azione, che sarebbe di regola penalmente illecita, di-

viene tuttavia, nel caso, eccezionalmente lecita per l'esistenza di una causa (fatto, circostanza) che esclude, per legge, l' illiceità giuridica penale (il che è quanto dire che l'azione normalmente ingiusta è, nel caso, eccezionalmente giusta a giudizio del legislatore penale).

B) Il giudizio del giudice su l'ingiustizia o la giustizia dell'azione dal giudice stesso precedentemente riconosciuta penalmente illecita o lecita, può condurre ai seguenti risultati:

α) L'azione penalmente illecita, è ingiusta;

β) L'azione penalmente illecita, è giusta;

γ) L'azione penalmente lecita, è giusta;

δ) L'azione penalmente lecita, è ingiusta;

ε) L'azione di regola penalmente illecita e, per eccezione, penalmente lecita, è giusta;

η) L'azione di regola penalmente illecita, e per eccezione penalmente lecita, è ingiusta.

Nei casi α, γ, ε, il giudizio del giudice penale su l'ingiustizia o la giustizia dell'azione *coincidendo* con quello del legislatore penale (siano poi entrambi nel vero o entrambi nel falso), il giudice penale applicherà la legge penale secondo il suo scopo, fatto, appunto, manifesto mediante quel giudizio. Nei casi β, δ, η, il giudizio del giudice penale su l' ingiustizia o la giustizia dell' azione *essendo in conflitto* con quello del legislatore penale — non importa se per errore del legislatore o per errore del giudice (o semplicemente perchè le esigenze della giustizia sono, al momento dell' applicazione, diverse da quelle che erano al momento della formazione della legge) — il giudice penale non potrà criticare o correggere la legge penale e tanto meno rifiutarsi di applicarla, ma dovrà, in ogni modo, applicarla, interpretandola secondo il punto di vista del legislatore penale, nonostante che egli lo riconosca erroneo.

Da ciò risulta evidente, contrariamente a ciò che pensa Graf zu Dohna (13), che, allorquando una azione o omissione, penalmente illecita, cioè preveduta dalla legge penale come reato, sia, a giudizio del giudice penale, non ingiusta, ma giusta, perchè costituisce di regola e tanto più eccezionalmente, nel caso concreto, un " giusto mezzo ad un giusto scopo ", il giudice penale non può

---

(13) Graf zu Dohna, *Rechtswidrigkeit*, p. 35 e segg.

per ciò solo dichiarare l'inesistenza giuridica del reato e prosciogliere così l'autore di esso (14). Ciò egli può fare solo allorquando accerti, nel caso concreto, la presenza di una circostanza (fatto) che costituisce *secondo la legge* una causa di esclusione della illeicità giuridica penale, cioè di eccezionale liceità giuridica penale dell'azione, di regola penalmente antigiuridica, o, in altri termini, allorchè egli riconosca l'esistenza, nel caso, di una causa di giustificazione del reato, preveduta o dalla stessa legge penale (es.: legittima difesa, stato di necessità), o dalle altre norme giuridiche, a cui, come è noto, la nostra legge penale, in tal materia, si richiama (art. 49, n. 1, c. p.).

Se non che sorge qui un altro problema. Le cause che escludono l'illiceità giuridica penale, cioè il carattere di reato, nelle azioni o omissioni umane, che rendono cioè *eccezionalmente* lecite, dal punto di vista del diritto penale, azioni o omissioni che *di regola* sono penalmente illecite; in una parola, le " cause di giustificazione „ consistono sempre in ciò che l'agente ha, nel caso, *esercitato un suo diritto* o *adempiuto un suo dovere giuridico*: diritto o dovere, conceduto o imposto, o dalla stessa legge penale. (norme penali *permissive* o *negative* del precetto penale; es.: art. 49, n. 2 e 3, c. p.), o da un'altra legge (art. 49, n. 1, c. p.). Ora, non si può negare che così nella legge penale, come nelle altre leggi di diritto pubblico o privato (a cui la legge penale (art. 49, n. 1), riconosce il valore di eccezionalmente escludere l'illiceità giuridica penale delle azioni o omissioni normalmente costituenti reati) non sempre si trovino disposizioni precise ed espresse, in base alle quali sia possibile sapere se, nel caso, l'agente eccezionalmente avesse il diritto od il dovere giuridico di porre in essere la azione o la omissione che normalmente costituisce reato. In altri termini: la questione, se l'autore di una azione o omissione normalmente costituente reato abbia, nel caso, esercitato un diritto o adempiuto un dovere riconosciutogli o impostogli dalla legge penale o da un'altra legge, e se quindi egli abbia compiuto nel caso una azione che è per ec-

(14) Contro DOHNA, vedi anche: BELING, *Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, § 15, p. 138; MEYER ALLFELD, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (6ª ed.), Leipzig, 1907, § 37, p. 213, nota 7; FRANCK, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich* (10ª ed.), Tübingen, 1911, p. 12.

cezione una azione giuridicamente, cioè penalmente, lecita, non può essere sempre decisa in base a una espressa e precisa disposizione della legge penale o di un'altra legge, semplicemente perchè una disposizione di legge o non esiste o, se esiste, non prevede precisamente e espressamente il caso in questione. Quando, appunto, ciò si verifichi, il giudice penale dovrebbe, secondo Graf zu Dohna, accertare se l'azione o omissione, preveduta come reato, sia, nel caso, una azione " giusta „ cioè costituente " un giusto mezzo ad un giusto scopo „ ovvero una azione ingiusta, cioè " non costituente un giusto mezzo ad un giusto scopo „; e, ove trovi che essa è giusta, egli avrebbe, appunto, facoltà di dichiarare l'azione o omissione giuridicamente lecita, dal punto di vista del diritto penale, di dichiarare, cioè, che essa non costituisce reato, e di mandare, così, prosciolto l'autore di essa. Ciò facendo il giudice penale non criticherebbe nè correggerebbe la legge penale, ma la integrerebbe, cioè *ne colmerebbe le lacune* applicando ai casi, che in base alla legge non è possibile risolvere, quello che lo Stammler, e con lui Graf zu Dohna, chiamano appunto il " diritto giusto „.

Non è qui naturalmente il caso di discutere il grave problema, intorno al quale modernamente si affaticano le menti dei migliori giuristi, se nell'ordinamento giuridico statuale esistano, oppur no, lacune (15), nè appare opportuno il discutere particolarmente se sia vero, ciò che dice lo Stummler, cioè che vi sono casi che neanche col sussidio dell'analogia è possibile risolvere, nei quali, appunto, per una specie di tacito rinvio del legislatore, deve trovare applicazione il " diritto giusto „ (16). A noi basta affermare per contro, con la dottrina tradizionale: 1° che nell'ordinamento giuridico non esistono lacune, o, meglio, che non esistono nella legge lacune che non possano essere colmate coi mezzi interpretativi che al giudice concede la legge medesima (*interpretazione* (in senso stretto) *letterale* e *logica* sia poi *dichiarativa* o *estensiva*, o *restrittiva*, o altrimenti *modificativa* e *correttiva*; *analogia* e *principii generali di diritto positivo* (art. 3 d. p. c. c.) o, quando l'una e gli altri non siano ammessi

---

(15) Vedi su ciò il bel libro del Donati, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910, specialm. pp. 1-20.

(16) Stammler, *Lehre v. d. richtigen Recht*, Berlin, 1902, specialm. pp. 273 e segg., 313 e segg.

(art 4, d. p. c. c., 1 c. p.), *argumentum a contrario*); 2° che, non esistendo lacune nell'ordinamento giuridico, questo è necessariamente *chiuso* all'applicazione di qualsiasi principio *extra-giuridico* o *meta-giuridico*, che stia cioè al di fuori, al disopra o al disotto, del diritto positivo, si chiami questo principio " diritto naturale „ o " diritto giusto „ o " diritto libero „ o " norma di civiltà „ o in altro modo ancora. Ciò posto, è evidente che anche la questione: se l'autore di una azione o omissione che normalmente costituisce reato avesse eccezionalmente, *nel caso*, il diritto soggettivo o il dovere giuridico di fare o di omettere ciò che ha fatto o ha omesso di fare, deve potérsi sempre risolvere *in base al diritto positivo*. E così è, in realtà. Tre ipotesi, e tre sole, possono infatti qui darsi:

1° Il caso in questione rientra nella parola e nella ragione, o soltanto nella parola, o soltanto nella ragione, di una disposizione di legge (penale o non penale) la quale eccezionalmente *comanda* o *autorizza* una azione o omissione normalmente costituente un reato.

2° Il caso in questione non rientra nè nella parola nè nella ragione di una disposizione di legge, del genere sopra ricordato, ma è *simile* ad un caso che rientra in una tale disposizione (cioè nella sua parola e nella sua ragione, o soltanto nella sua parola o soltanto nella sua ragione).

3° Il caso in questione non rientra nè nella parola nè nella ragione di una disposizione di legge del genere sopra indicato, e non è simile ad alcun altro caso che rientri in una tale disposizione.

Nella prima ipotesi, *l'interpretazione letterale e logica* della disposizione di legge (sia nella forma di interpretazione *dichiarativa*, sia in quella di interpretazione *restrittiva*, sia in quella di interpretazione *estensiva*), nella seconda ipotesi, *l'analogia*, nella terza, i *principii generali del diritto positivo*, ci daranno modo di affermare o di escludere il diritto o il dovere giuridico dell'agente di porre eccezionalmente in essere l'azione o omissione normalmente preveduta come reato dalla legge penale. In ogni ipotesi, e anche nell'ultima, non varrà e non potrà valere ad affermare o ad escludere quel diritto o quel dovere giuridico l'aver accertato che l'azione o omissione, dalla legge penale preveduta come reato, è una azione od omissione rispettivamente giusta, o ingiusta, cioè, una azione o

omissione che costituisce, o che non costituisce, un " giusto mezzo ad un giusto scopo ". Così cade, evidentemente, la teoria di GRAF ZU DOHNA.

§ 2. — *Gli elementi costitutivi della illecità giuridica penale.*

154. Gli elementi costitutivi (o condizioni di esistenza) della illiceità giuridica penale. Perchè una azione o omissione sia penalmente illecita è necessario ricorrano due condizioni, l'una *positiva*, l'altra *negativa*. — 155. A) *I^a Condizione (positiva)*: l'azione o omissione deve essere la *violazione di un precetto penalmente sanzionato e quindi di un obbligo giuridico penalmente imposto e di un diritto soggettivo penalmente tutelato*: *a) Violazione di un precetto penalmente sanzionato*: 1° *Preesistenza di un precetto penale*. Il precetto penale, suo concetto e suoi caratteri: distinzione e rapporti fra precetto e sanzione penale. — 156. Fonte giuridica e sede del precetto penale: varie ipotesi. 157. 2° *Violazione di un precetto penale*. Quando si abbia. Gli elementi generali e speciali costitutivi della violazione del precetto penale (reato). — 158. *b) Violazione di un obbligo giuridico penalmente imposto e di un diritto soggettivo penalmente tutelato*. Inseparabilità fra norma giuridica e obbligo giuridico, fra obbligo giuridico e diritto soggettivo. — 159. Natura del rapporto giuridico (obbligo e diritto) creato dal precetto penale: *a)* Il precetto penale non fonda alcun rapporto giuridico fra individuo e individuo (*rapporto di diritto privato*). All'obbligo giuridico che il precetto penale crea in ogni consociato non corrisponde affatto un diritto da parte del soggetto dell'interesse direttamente offeso dal reato (*diritto soggettivo privato*). Dimostrazione di questo principio. — 160. *b)* Il precetto penale fonda invece un rapporto giuridico fra Stato (come sovrano) e singolo (*rapporto di diritto pubblico*). All'obbligo giuridico che il precetto penale crea in ogni consociato corrisponde un diritto dello Stato verso i sudditi alle azioni o omissioni imposte dai precetti penali, cioè, un diritto dello Stato alla osservanza, o obbedienza, dei precetti penali (*diritto soggettivo pubblico*). Dimostrazione di questo principio. — 161. Obiezioni contro l'esistenza di tale diritto e loro confutazione. — 162. Natura giuridica del diritto dello Stato alla osservanza, o obbedienza, del precetto penale. — 163. B) *II^a Condizione (negativa)*: l'azione o omissione non deve essere conforme ad alcun'altra norma giuridica e quindi non deve rappresentare nè l'adempimento di un dovere giuridico nè l'esercizio di un diritto soggettivo dell'agente.

154. Abbiamo visto che l'illiceità giuridica, in cui il reato consiste, e che è, dunque, esclusivamente essenziale al reato, è una illiceità giuridica unicamente penale, nel senso che essa sta sempre e soltanto nella trasgressione di un precetto del diritto penale. Abbiamo visto altresì che questa violazione del diritto penale, lungi dal rappresentare il risultato del reato o un elemento costitutivo del reato stesso, costituisce, ben più, l'essenza stessa e la natura intrinseca del reato. Sappiamo pure che la illiceità giuridica penale, al pari di ogni altra illiceità giuridica, ha carattere puramente formale e, come tale, si distingue dalla così detta illiceità giuridica materiale, sia che per questa si intenda il danno o il pericolo immediato o diretto del reato, sia che si intenda il

danno e il pericolo sociale che dal reato mediatamente e indirettamente deriva. Conosciamo anche i rapporti della illiceità giuridica penale, così detta, formale, da un lato, col danno e col pericolo immediato, dall'altro, con la dannosità o pericolosità sociale o, in una parola, con l'antisocialità, contenuta nel reato. Infine ci è noto come l'illiceità giuridica penale così detta *formale*, si distingua dalla *ingiustizia* e quale sia il rapporto che corre fra l'una e l'altra. Qui, dunque, altro non ci resta da indagare se non il concetto stesso della illiceità giuridica penale, così detta formale, nelle condizioni della sua esistenza, cioè, negli elementi che la costituiscono.

Si disse già che giuridicamente *illecita* è, in genere, *ogni azione o omissione che, da un lato, è contraria a un comando o divieto del diritto e quindi all'obbligo giuridico e al diritto soggettivo da esso nascente e, dall'altro, non è conforme a nessun altro comando o divieto o permesso giuridico e quindi non rappresenta l'adempimento di alcun dovere giuridico nè l'esercizio di alcun diritto soggettivo proprio di colui che la pone in essere* (*retro* n° 137). Giuridicamente illecita, dal punto di vista del diritto penale, si potrà, dunque, dire *ogni azione o omissione che, da un lato, è contraria a un precetto, comando o divieto, del diritto penale e quindi all'obbligo giuridico e al diritto soggettivo da esso nascente e, dall'altro lato, non è conforme ad alcun altro comando o divieto o permesso giuridico e quindi non rappresenta l'adempimento di alcun dovere giuridico nè l'esercizio di alcun diritto soggettivo di colui che la pone in essere.*

Da ciò risulta che a costituire il concetto della illiceità giuridica penale concorrono simultaneamente due distinte condizioni, l'una che diremo *positiva*, l'altra, *negativa*.

A) Perchè una azione o omissione possa dirsi penalmente illecita, *positivamente* si richiede che essa sia *α*) la *violazione di un precetto — comando o divieto — penalmente sanzionato* e quindi *β*) la *violazione di un obbligo giuridico penalmente imposto*, *γ*) la *violazione di un diritto soggettivo penalmente tutelato* (art. 1 c. p.).

B) *Negativamente*, poi, si richiede che l'azione o omissione: *α*) *non sia l'applicazione di alcun eccezionale comando o divieto o permesso giuridico*, e quindi *β*) *che non rappresenti l'adempimento di alcun eccezionale dovere giuridico proprio dell'agente*, *γ*) *che non rappresenti l'esercizio di alcun eccezionale diritto soggettivo a lui spettante* (art. 49 c. p.).

Esaminiamo particolarmente queste due condizioni, l'una positiva e l'altra negativa, dal cui insieme risulta il concetto della illiceità giuridica penale.

155. *A) α) Violazione di un precetto penalmente sanzionato.* Perchè una azione o omissione possa dirsi penalmente illecita, possa cioè costituire un reato, la prima condizione è che essa sia la *violazione, di un precetto penalmente sanzionato, cioè, di un precetto penale* (art. 1 cod. pen.: " nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge... "). Ciò importa: I) l'esistenza di un precetto penale; II) la sua violazione.

I) È necessario, anzitutto, l'*esistenza, anzi la preesistenza, di un precetto penale.*

Precetto penale è l'imperativo giuridico alla cui osservanza sta una minaccia penale e alla cui inosservanza è ricollegata, come conseguenza giuridica, l'applicazione di una pena (Esempio: non uccidere: non rubare: non ingiuriare: non testimoniare falsamente ecc.). Questo imperativo giuridico:

a) può essere un *comando* (*iussum*) o un *divieto* (*vetitum*), a seconda che impone un *facere* (*azione* in senso proprio, *commissione*) ovvero un *non facere* (*inazione, omissione*). Nel primo caso il precetto si dice *positivo,* nell'altro, *negativo.* Generalmente i precetti penali assumono la forma negativa, di divieti (tu non devi). Eccezionalmente possono assumere anche la forma positiva, di comandi (tu devi). Esempio: art. 389 cod. pen.;

b) si rivolge genericamente a tutti i consociati, nei quali, a seconda che si tratta di comando o di divieto, genera l'obbligo giuridico rispettivamente di fare o di non fare;

c) ha il carattere di una norma giuridica *principale* o *primaria*, nel senso che non presuppone dinanzi a sè alcun altro comando o divieto la cui inosservanza abbia per conseguenza l'applicazione del precetto medesimo.

Il *precetto penale*, appunto per tali caratteri, appare distinto dalla stessa *sanzione penale* posta alla sua osservanza. La sanzione penale, infatti, a differenza del precetto penale:

a) non è mai un divieto, ma sempre un comando, anzi, un doppio comando: comando agli organi dello Stato di applicare la pena: comando al reo di subirne l'applicazione;

b) si rivolge, non già a tutti i consociati, ma invece soltanto agli *organi dello Stato* e al *reo*, creando, negli uni, l'obbligo giuridico di applicare la pena (*dovere giuridico dello Stato di punire*) — e, nell'altro, l'obbligo giuridico di sottostare alla applicazione della pena (*obbligazione giuridica penale del reo*);

c) è una norma giuridica, non già *principale* o *primaria*, ma invece *secondaria* o *accessoria* o *derivata*, in quanto che presuppone dinanzi a sè l'esistenza del precetto penale e si applica appunto nel caso di violazione del precetto medesimo, o, in altri termini, in quanto determina le conseguenze giuridiche penali nascenti dalla violazione del precetto penale.

Ma se il precetto penale è distinto dalla sanzione penale, strettissimi sono tuttavia i rapporti che corrono fra essi. Più particolarmente può dirsi:

a) che *concettualmente* il precetto penale *precede logicamente* la sanzione penale. Il *comando* di punire chi commetterà una data azione, presuppone, infatti, sempre il *divieto*, espresso o tacito, di commetterla: onde una azione può esser, bensì, vietata, anche senza esser punibile, ma certamente è punibile solo in quanto è vietata;

b) che precetto penale e sanzione penale sono interdipendenti e reciprocamente indissolubili, nel senso che non può darsi precetto penale senza sanzione penale e viceversa: onde essi costituiscono, appunto, i due elementi costitutivi, essenziali e inseparabili, della legge penale;

c) che, *rispetto alla funzione*, sanzione penale e precetto penale sono fra loro in rapporto di *mezzo a fine*, nel senso che la sanzione penale, intesa come comando di punire chi violerà il precetto, e quindi come minaccia di una pena a chiunque agirà o ometterà di agire in contraddizione del precetto medesimo, ha per scopo di esercitare una pressione o coazione psicologica su la volontà dei consociati, *determinandola*, col *motivo* del timore della pena, alla obbedienza del precetto penale;

d) che precetto penale e sanzione penale sono imperativi giuridici che, pur esistendo contemporaneamente, *si applicano* di necessità in modo *alternativo*; nel senso che l'applicazione del precetto penale, cioè l'osservanza spontanea di esso da parte dei consociati, importa la non applicazione della sanzione penale; e reciprocamente, la non applicazione, cioè la violazione, del precetto

penale, importa l'applicazione della sanzione penale da parte degli organi dello Stato a ciò destinati;

e) che, *in rapporto alla sede*, precetto penale e sanzione penale possono trovarsi nella stessa legge o in leggi diverse ovvero ancora l'uno, in un regolamento o in un atto amministrativo e l'altro, in una legge;

f) che, *rispetto al tempo*, il precetto penale può essere *cronologicamente anteriore*, ovvero *contemporaneo*, o anche *posteriore* alla sanzione penale.

156. Queste ultime due proposizioni abbisognano di qualche chiarimento. Considerando, infatti, il precetto penale e la sanzione penale dal punto di vista della fonte giuridica da cui nascono, e quindi della sede in cui si trovano e del tempo in cui sorgono, possono presentarsi le seguenti distinte ipotesi:

1° Il precetto penale è *espressamente* formulato nella legge medesima che contiene la sanzione penale, cioè, nella legge penale. Questa ipotesi può, a sua volta, suddistinguersi, secondo che precetto e sanzione penale sono espressamente formulati nella stessa disposizione (es.: art. 1, 7, 10, 11, 21, 30, 48, 64, 79, 91, 93 legge di pubblica sicurezza) o in disposizioni diverse della medesima legge (Es.: art. 14 e 19 della legge di p. s. (*precetto penale*) e art. 20 della legge stessa modificato dall'art. 2 della legge 2 luglio 1908, n. 319 (*sanzione penale*); art. 27 e 28 (*precetti penali*) e 29 stessa legge (*sanzione penale*); 72 e 74 (*precetti penali*) e 76 stessa legge (*sanzione penale*).

In tali casi il precetto penale assume la forma di un espresso, autonomo e non sanzionato, comando o divieto di una azione o omissione (comando o divieto semplice: tu devi: tu non devi) e la sanzione penale quella di un mero comando di punire con una data pena colui che contravverrà a quel comando o divieto, espressamente richiamato. Ciò avviene specialmente nel caso di più precetti alla cui osservanza sia posta un'unica sanzione penale (es.: art. 135 legge di p. s.). Qui il precetto, appunto perchè contenuto nella stessa legge che contiene la sanzione penale, sorge *contemporaneamente* alla sanzione penale.

2° Il precetto penale è *espressamente* formulato, ma non nella legge che contiene la sanzione penale, bensì in un'altra norma giuridica.

La legge penale, cioè, ricollega la conseguenza giuridica di una pena ad una azione o omissione la quale contravviene a un comando o divieto espressamente contenuto in un'altra legge ovvero in un regolamento già esistenti. Es.: art. 101 c. p. p. (precetto) e art. 180 c. p. (sanzione); art. 102 c. p. p. (precetto) e art. 439 c. p. (sanzione).

In tal caso la legge penale, o richiama *esplicitamente* la disposizione di legge o di regolamento che contiene il precetto, limitandosi poi a stabilire la pena per il caso della sua inosservanza, ovvero ripete *implicitamente* il precetto mediante la descrizione legislativa dell'azione o omissione, ad esso contraria, alla quale è ricollegata la conseguenza giuridica della pena. Qui il precetto penale *preesiste*, non solo *logicamente*, ma anche *cronologicamente* alla sanzione penale ed è da essa formalmente staccato, in quanto trova una propria ed autonoma sede legislativa. Sostanzialmente essi formano tuttavia sempre un unico contesto.

3° Esiste attualmente la *sanzione penale*, ma non ancora il *precetto penale*. La legge penale, cioè, ricollega la conseguenza giuridica di una pena alla trasgressione di un precetto — comando o divieto — ancora da emettersi. Questo precetto potrà esser contenuto in una *legge*, in un *regolamento*, ovvero anche in un *atto amministrativo* da emettersi in futuro. È il caso delle così dette " *leggi penali in bianco* " (17) o *cieche* (18) o *aperte* (19) (Es.: art. 434, 438, 442, 447, 450, 451, 457, 473, 480 ecc. cod. pen.; art. 138 a 140 legge di pubblica sicurezza; art. 200 legge comunale e provinciale; art. 18, 25 legge forestale 20 giugno 1877, n° 3917 ecc.). In tal caso, ciò che si vieta e si punisce è la *disobbedienza come tale* (20). La conseguenza giuridica penale non è ricollegata a una

---

(17) Cfr. Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Bd. I, 2ª ed., Leipzig, 1890, p. 198 e s., 195 e s.; *Handbuch des deutschen Strafrechts*, Bd. I, Leipzig, 1885, pp. 79, 83, 120, 180; *Grundriss d. gem. deutsch. Strafrechts*, 7ª Aufl., Leipzig, 1907, p. 65.

(18) Cfr. Heinze, *Das Verhältniss des Reichsstrafrechts zu den Landesstrafrecht*, Leipzig, 1893, p. 56: " *blinde Strafdrohungen* " (minaccie penali cieche).

(19) Janka, *Das österreichische Strafrecht*, 4ª Aufl. von Kallina, Wien, 1902, p. 29: " *offene Strafgesetze* ".

(20) Von Bar, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, Bd. I, *Das Strafgesetz*, Berlin, 1906, § 2, p. 4. Prima del von Bar, un simile pensiero era stato espresso dal Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878, § 1 in nota.

azione o omissione *determinata*, violatrice di un comando o divieto *determinato*, ma al fatto stesso della disobbedienza di un comando o divieto attualmente inesistente e da emettersi in futuro, qualunque sia per esserne il contenuto. Questo, pur essendo attualmente indeterminato, o genericamente determinato, si determinerà certamente e specificamente in sèguito, una volta emesso il precetto. Tale precetto, poi, può essere tanto un precetto *generale*, rivolto a tutti i sudditi dello Stato, quanto un precetto *speciale*, rivolto a una sfera determinata di persone o anche a una singola determinata persona. Qui la *sanzione* penale *precede cronologicamente* — non però logicamente — il *precetto* (21).

4° Il precetto penale *non è espressamente* formulato nè nella legge che contiene la sanzione penale (legge penale), nè in altra legge, nè in un regolamento. Esso esiste solo *tacitamente* e *implicitamente* e si desume logicamente, e in modo concludente, dal fatto stesso della minaccia legislativa di una pena per il caso di inosservanza del precetto medesimo. È l'ipotesi normale. La legge penale, infatti, nella forma in cui è modernamente concepita, si limita di solito a dichiarare che chi commetterà una data azione o omissione, nella legge *descritta*, ma, di regola, non espressamente comandata o vietata, sarà punito con una data pena (22). Dalla minaccia della pena, risulta, per logica necessità, il *divieto* di commettere l'azione alla quale è ricollegata la conseguenza giuridica della pena (Es.: nella massima: il furto è punito, è logicamente contenuto il divieto: non si deve rubare; nella massima: l'ingiuria è punita, è implicito il divieto: non si devono commettere ingiurie). In tal caso, per quanto *tacito e implicito*, il *precetto penale esiste* e trova la sua sede *nella stessa legge penale*, di cui fa parte. Dal momento che il precetto penale, nell'ipotesi in discorso, è implicitamente contenuto nella legge penale di cui fa parte, qui il *precetto* dal punto di vista *cronologico*, è *contemporaneo* alla sanzione penale.

---

(21) Su le leggi penali in bianco, vedi anche *retro* n° 111, p. 371, nota (182).

(22) Così il nostro codice penale, in tutte le disposizioni che ne costituiscono la *parte speciale*, è redatto in forma di giudizio ipotetico: "chiunque agisce o non agisce in questo o in quel modo, è punito così e così".

157. II) Data la preesistenza di un precetto penale, perchè una azione o omissione sia penalmente illecita, cioè costituisca un reato, si richiede che essa rappresenti la *violazione* (o trasgressione o infrazione) del precetto medesimo. Il precetto penale si dice violato allorchè si è agito o omesso di agire contrariamente ad esso, allorchè, cioè, per effetto di una azione o omissione umana è avvenuto ciò che, secondo la volontà del legislatore, espressa nel precetto penale, non doveva avvenire, o non è avvenuto ciò che, secondo la volontà stessa, doveva avvenire. Una azione o omissione, dunque, allora soltanto può dirsi essere la violazione di un precetto penale, quando essa si trova, con questo precetto, in un *rapporto di contraddizione logica*, quando, più precisamente, l'*azione* appare *logicamente contraria al divieto* e l'*omissione logicamente contraria al comando* sanzionato con la minaccia di una pena. Ciò avviene quando l'azione o omissione concretamente commessa, può essere sussunta logicamente sotto il tipo di azione o di omissione astrattamente vietata o comandata dal legislatore sotto sanzione penale. Nell'ipotesi, che abbiamo detto normale, in cui il precetto penale non è espresso nella legge penale nè in altra legge o regolamento, ma è tacitamente e implicitamente contenuto nella minaccia legislativa della pena (v. sopra n° 157, *sub* 4), l'azione o omissione, concretamente commessa, si dirà essere violazione del precetto — divieto o comando — penalmente sanzionato, quando essa *rientra logicamente* nella *descrizione* o *definizione* che dell'azione o omissione punibile ha fatto il legislatore, e quindi quando " *è conforme* " al tipo di azione o omissione astrattamente preveduta e definita dalla legge penale come reato.

Tanto nel caso in cui l'azione o omissione sia espressamente vietata o comandata, quanto nel caso in cui essa lo sia soltanto tacitamente e implicitamente mediante il comando di punire chi la commetterà, è dato desumere dalla legge gli *elementi costitutivi o essenziali* del reato. Si dicono *elementi costitutivi o essenziali* del reato (*essentialia delicti*) quegli elementi di fatto che lo fanno essere quello che è, cioè appunto un reato, e un dato reato, che costituiscono in altri termini i *presupposti* indispensabili, o *condizioni, sine qua non*, per la esistenza giuridica del reato, in genere e di un dato reato, in ispecie, il cui simultaneo concorso è, pertanto, necessario e sufficiente all'esistenza del reato secondo la legge, mentre la mancanza anche di uno soltanto di essi, esclude la stessa

esistenza giuridica del reato. Come tali gli elementi costitutivi del reato si contrappongono tutti alle così dette *circostanze del reato* (*accidentalia delicti*), cioè, a quelle circostanze di fatto, accessorie e accidentali, che possono ricorrere, o non ricorrere, senza che venga meno l'esistenza del reato, che cioè sono giuridicamente irrilevanti per la esistenza del reato e solo valgono a modificarne il modo di essere, in ispecie ad aumentarne o diminuirne la gravità.

Gli elementi *costitutivi* o *essenziali* del reato sono di due specie: Alcuni sono comuni *a tutti i reati* e servono a distinguere i reati dagli altri fatti giuridici illeciti, cioè dagli altri torti giuridici di diritto privato o di diritto pubblico. Sono gli *elementi generali costitutivi di ogni reato*. Altri sono *propri* e *particolari* a ciascun reato, e servono ad assegnare a ciascun reato un posto a sè, a dargli un carattere particolare, a distinguere gli uni dagli altri i singoli reati. Così che ogni reato, come ogni individuo, ha due nomi: un nome, a dir così, *di famiglia*: lo si dice un reato, in contrapposto ai delitti e quasi delitti civili, ai fatti illeciti di diritto pubblico ecc.; e un nome *proprio*: lo si dice un *omicidio*, un *furto*, un *falso* e via dicendo. Agli elementi costitutivi *generali* del reato appartengono ad esempio: l'*azione o omissione* (compresa nella nozione di essa l'evento che n'è effetto o risultato) l'*imputabilità*, a titolo di *dolo* o di *colpa*. Gli elementi costitutivi speciali di ciascun reato, sono diversi per ogni singolo reato, onde la loro enumerazione va fatta a proposito di ciascun singolo reato: così vi sono elementi costitutivi speciali del reato di omicidio, del reato di furto, del reato di falso ecc. i quali distinguono, appunto, i singoli reati gli uni dagli altri.

Il codice penale e le leggi penali particolari determinano sempre espressamente, a proposito di ciascun reato, gli *elementi speciali* che lo costituiscono: nel codice penale questa esplicita determinazione degli elementi costitutivi speciali dei singoli reati è fatta, appunto, nella *parte speciale* del codice stesso. Viceversa gli *elementi generali costitutivi di ogni reato* o non sono affatto espressamente determinati nel codice e nelle leggi penali, o lo sono in parte soltanto. Così il nostro codice penale richiede espressamente come elemento generale costitutivo di ogni reato l'esistenza del dolo (art. 45 cod. pen.). Le disposizioni che riguardano l'esistenza degli elementi costitutivi generali del reato si trovano, per lo più,

nella così detta *parte generale* del codice penale, senza escludere che esse possano trovarsi talvolta eccezionalmente anche nella *parte speciale* (così, per esempio, il concorso della *colpa* (negligenza, imprudenza, imperizia, inosservanza di regolamenti, ordini o discipline) è richiesto volta per volta dal codice nella determinazione dei singoli reati). Esse hanno di solito il carattere di *norme giuridiche penali esplicative o dichiarative*, in quanto servono appunto a spiegare o dichiarare i precetti, penalmente sanzionati, contenuti nella parte speciale del codice o nelle leggi penali particolari. Ma anche quando la legge penale non richiede espressamente, in qualche sua disposizione, l'esistenza di un elemento generale costitutivo del reato (come avviene, ad esempio, rispetto a quell'elemento generale costitutivo del reato che è l'azione o omissione umana), la necessità del suo concorso si desume mediante la conoscenza scientifica della legge medesima (così per ciò che riguarda l'elemento fisico o materiale del reato la necessità della sua esistenza si argomenta ad es. dagli art. 1 cod. pen., 45. cod. pen. ecc.). Gli elementi generali costitutivi del reato si devono, dunque, sempre sottintendere e presupporre e la loro presenza deve sempre richiedersi, per affermare l'esistenza del reato.

Un fatto nel quale non si riscontrano tutti gli elementi generali costitutivi del reato, nessuno escluso, non è reato e tale non deve dal giudice essere dichiarato, anche quando esso presenti tutti gli elementi speciali costitutivi di un singolo reato. Così, il furto, il falso, la truffa, non sono reati quando manchi ad essi il concorso del dolo, nell'autore di essi. Gli elementi costitutivi del reato, così generali che speciali, si possono distinguere in *obiettivi* e *subiettivi* secondo che si riferiscono al *fatto* (azione o omissione o suo risultato) ovvero alla *persona* dell'agente.

158. *β-γ) Violazione di un obbligo giuridico penalmente imposto e di un diritto soggettivo penalmente tutelato.*

Dalla necessità, innanzi detta, che una azione o omissione, per essere penalmente illecita, costituisca la violazione di un precetto, penalmente sanzionato, deriva, come naturale conseguenza, che nessuna azione o omissione possa essere penalmente illecita, se essa non sia altresì, al tempo stesso, la *violazione di un obbligo giuridico penalmente imposto e di un diritto soggettivo*

penalmente tutelato. La verità di questa affermazione può essere dimostrata *a priori.* È, invero, indubitato, per i principi generali di diritto :

1° che ogni norma giuridica, essendo o un comando o un divieto, crea necessariamente nel soggetto a cui si rivolge, un obbligo o dovere giuridico di fare o di non fare ;

2° che ad ogni obbligo o dovere giuridico di fare o di non fare, proprio di un soggetto, corrisponde, per necessità logica e pratica, in un altro soggetto, un diritto soggettivo a che quegli faccia o ometta di fare ;

3° che ogni violazione di norma giuridica è, perciò, al tempo stesso, violazione di un obbligo o dovere giuridico :

4° che ogni violazione di obbligo o dovere giuridico è, perciò, al tempo stesso, violazione di un diritto soggettivo.

Ogni precetto penale, dunque, essendo, al pari di ogni altra norma giuridica, un comando o un divieto, crea anch'esso necessariamente, in un soggetto, un obbligo o dovere giuridico di fare o di non fare e, in un altro soggetto, un corrispondente diritto soggettivo a che quello agisca o ometta di agire ; onde non è possibile violazione di un precetto penale, senza che ad essa si accompagni, ad un tempo, la violazione di un obbligo giuridico e di un corrispondente diritto soggettivo, l'obbligo, cioè, e il diritto fondati appunto dal precetto penale.

Ma quale è la natura di quest'obbligo e di questo diritto, quale è cioè la *natura* del *rapporto giuridico* creato dal precetto penale epperò violato mediante l'azione penalmente illecita? Quali, in particolare, i soggetti, di quell'obbligo e di quel diritto, vale a dire i soggetti, attivo e passivo, di quel rapporto giuridico?

159. *a*) È anzitutto da escludersi che dal precetto penale nasca un *rapporto di diritto privato,* cioè che il precetto penale generi in un *privato individuo* un *obbligo giuridico* a cui corrisponda un *diritto subiettivo* da parte di un altro privato *individuo.*

Più precisamente è da escludersi che il precetto penale, comando o divieto, crei nel soggetto, a cui si rivolge (soggetto attivo del reato), un *obbligo* giuridico, di non fare o di fare, a cui corrisponda, in forza del precetto medesimo, un diritto da parte del soggetto dell'interesse direttamente protetto dal comando o divieto e direttamente offeso dal reato (soggetto passivo del reato). Si ebbe già,

infatti, occasione di dimostrare criticamente l'erroneità della dottrina che concepisce il reato come violazione di un diritto soggettivo, privato o pubblico, appartenente alla persona direttamente offesa dal reato e variabile per qualità secondo la specie del reato. E si osservò allora come non tutti i reati siano offese di diritti soggettivi, veri e propri, pertinenti a una persona, fisica o giuridica, e varianti con la specie del reato; come la violazione di un diritto soggettivo non sia caratteristica essenziale del reato, neanche in quei reati che presentano, eventualmente, tale violazione; come, anche in tali casi, in tanto il reato sia violazione di un diritto soggettivo, in quanto, oltre ad essere un reato, è anche un fatto illecito privato o pubblico e talvolta solo in quanto è un fatto illecito privato o pubblico, non in quanto è un reato (cfr. retro n[i] 9-15). Se, dunque, gli interessi giuridici direttamente offesi dai reati, o non sono diritti, o, se pur sono diritti, lo sono sempre e senza eccezione in forza di altre norme giuridiche, private o pubbliche, diverse dai precetti penali, è perciò stesso escluso che i precetti del diritto penale, tutelando quegli interessi, abbiano virtù di trasformarli in veri e propri diritti soggettivi o, che è lo stesso, abbiano virtù di conferire diritti ai soggetti di quegli interessi. Ma la impossibilità di concepire questi interessi come veri e propri diritti soggettivi fondati, appunto, dai precetti del diritto penale, è dimostrata, anche positivamente, da varie considerazioni:

a) È dimostrata, in primo luogo, dalla impossibilità di adattare a tali interessi il concetto stesso del diritto soggettivo. Secondo l'opinione ormai dominante, diritto soggettivo è, infatti, ogni potere di volere e di agire per la soddisfazione di un interesse, conceduto a un soggetto dall'ordinamento giuridico in confronto di un altro o di più altri soggetti. E il *diritto soggettivo* si avvicina all'*interesse giuridico*, non costituente diritto, per ciò che, anch'esso, ha per base un interesse protetto dal diritto obiettivo, ma se ne distingue per ciò che il soggetto di un diritto ha un potere di volere e di agire in confronto di un altro o di altri soggetti, mentre non ha affatto tale potere il soggetto di un semplice interesse giuridico. Ora, sono gli interessi immediatamente tutelati dal diritto penale contro le offese delittuose, in così fatta guisa protetti, che ai soggetti di essi sia riconosciuto un potere giuridico di volere e di agire di fronte ad altri soggetti? Evidentemente, no. Gli interessi, che i reati direttamente offendono, sono, invece, tutelati

dal diritto penale in modo manifestamente indipendente dalla volontà dei soggetti degli interessi medesimi. Invero i precetti penali, cioè i comandi o divieti penalmente sanzionati, pur proteggendo cotali interessi contro quelle azioni o omissioni umane, ad essi dannose o pericolose, che si chiamano reati, li proteggono tuttavia, di regola almeno, prescindendo assolutamente dalla volontà degli interessati, vogliano, cioè, o non vogliano, gli interessati e quindi, eventualmente, anche senza o contro la volontà degli interessati. Tanto vero, che il consenso, giuridicamente valido, dei soggetti degli interessi offesi, normalmente non esclude il carattere di reati nelle azioni o omissioni lesive di quegli interessi (23). Tali interessi, pertanto, essendo bensì tutelati dal diritto penale, ma normalmente senza il conferimento di alcun, anche minimo, potere alla volontà degli interessati, possono, sì, dirsi interessi *giuridici*, ma non veri e propri *diritti soggettivi*.

β) E che diritti non siano, almeno in forza dei precetti del diritto penale, risulta evidente da un'altra considerazione. Ogni *diritto soggettivo*, privato o pubblico, presenta, in confronto del semplice *interesse giuridico*, questa caratteristica: che in séguito alla sua violazione, e per effetto di essa, *il diritto* stesso *si estingue e un altro ne sorge* al suo posto, il quale, per il suo valore, oggettivo o soggettivo, economico o morale, ne rappresenta l'*equivalente*. In altri termini, ogni fatto, violatore di un diritto, a differenza di quello che viola un semplice interesse giuridico, dà luogo alla *trasformazione o conversione* del diritto violato (diritto originario) in un nuovo diritto (diritto derivato) il quale costituisce, in qualche modo, l'equivalente del diritto violato. È questo il caso dei pretesi diritti dei privati, offesi dai reati? No, certamente. Se noi consideriamo, infatti, il reato esclusivamente come tale, esclusivamente, cioè, come violazione di un precetto penale, e non già come un fatto costituente, eventualmente, anche un delitto o un quasi delitto civile, vedremo che dalla violazione del precetto penale, e quindi dalla violazione del preteso diritto che si suppone conferito all'offeso dal precetto medesimo, nasce, bensì, un nuovo diritto soggettivo

(23) Una eccezione, che conferma la regola, è data appunto da quei reati (delitti patrimoniali, delitti contro la libertà personale, ecc.) nei quali il consenso dell'offeso straordinariamente esercita una efficacia scriminatrice.

(diritto derivato), ma non un diritto che possa considerarsi come l'equivalente del preteso diritto (diritto originario) dell'offeso.

Invero il diritto che, in forza della legge penale, nasce dalla violazione del precetto penale contro la persona del violatore (reo), non è un diritto del privato offeso, bensì un diritto dello Stato, non è un diritto soggettivo privato, bensì un diritto soggettivo pubblico, non è un diritto di reazione privata, ma un diritto di reazione pubblica, non è, insomma, un diritto di vendetta individuale, ma un diritto di difesa sociale. È, in una parola, il diritto di punire. Il quale, appunto perchè appartiene allo Stato, e non all'offeso, perchè ha un carattere pubblico, e non privato, perchè ha uno scopo di difesa sociale, e non di vendetta individuale, rappresenta, manifestamente, tutt'altro che l'*equivalente* del preteso diritto soggettivo dell'offeso violato dal reato. E ciò vuol dire che l'interesse, direttamente offeso dal reato, non è, dunque, in realtà, un diritto soggettivo, bensì un semplice interesse giuridico. Chè se talvolta avviene che dalla lesione di un interesse, per lo più patrimoniale, del privato offeso o danneggiato dal reato, sorga eventualmente, a favore del privato stesso, un diritto soggettivo *privato*, di carattere derivato, come, ad es., un diritto alla restituzione o al risarcimento del danno, il quale indubbiamente ne rappresenta l'equivalente; ciò, prova bensì che quell'interesse costituisce eccezionalmente un diritto, ma prova altresì, al tempo stesso, che tale eventuale diritto non è, ad ogni modo, creato dal precetto del diritto penale, bensì da una norma di diritto privato. Ciò che appunto qui si sostiene.

γ) Ma vi è un'altra ragione, se queste non bastassero, per escludere che gli interessi, offesi dai reati, possano concepirsi come veri e proprî diritti soggettivi, conferiti dai precetti del diritto penale ai soggetti degli interessi medesimi. Se, invero, in forza dei precetti penali potessero i singoli (soggetti passivi dei reati) di fronte ad altri singoli (soggetti attivi dei reati), vantare diritti soggettivi al rispetto dei beni che formano oggetto degli interessi, offesi dai reati (al rispetto, ad es., della vita, della sanità, della libertà e via dicendo), tali diritti, come quelli che concernono rapporti tra individui e individui, altro evidentemente non potrebbero essere, - secondo il comune criterio di distinzione fra diritti pubblici e diritti privati, - se non, appunto, *diritti soggettivi privati*. Ora, nel campo del diritto privato, è una caratteristica dei diritti

soggettivi, di fronte agli interessi non costituenti diritti, questa: che l'individuo, che è soggetto di un diritto privato, ha sempre una corrispondente *azione giudiziaria* per farlo valere (24). Si può dire altrettanto dei pretesi diritti dei privati, offesi dai reati? Nessuno oserebbe affermarlo. Anzitutto è da osservarsi che ciò che propriamente si fa valere nel processo penale e mediante *l'azione penale*, è il *diritto soggettivo di punire* dello Stato, il quale non può certo confondersi col preteso *diritto soggettivo del privato*, dalla cui violazione esso nascerebbe, e non può confondersi perchè, mentre l'uno è un diritto dello Stato, l'altro sarebbe un diritto dell'individuo, mentre l'uno è un diritto pubblico, l'altro sarebbe un diritto privato, mentre l'uno è un diritto *derivato*, nascente, mediante la violazione del precetto penale, da quella norma secondaria che è la sanzione penale (epperò un diritto posteriore al reato e da esso discendente), l'altro sarebbe, invece, un diritto *originario*, nascente da quella norma primaria che è il precetto penale (epperò, come questo, anteriore al reato e violato mediante il reato). Ma a parte ciò, sia qual si sia il diritto che si fa valere nel processo penale, è tuttavia indiscutibile che l'azione penale, necessaria a promuovere il processo penale, pur essendo certamente una azione giudiziaria, cioè un diritto di agire in giudizio, è tuttavia, altrettanto certamente, un diritto soggettivo dello Stato, che lo Stato stesso esercita per mezzo di organi pubblici (ufficiali del p. m.) (art. 3 c. p. p.), non un diritto soggettivo del privato offeso dal reato.

Ma se non *l'azione pubblica penale* che compete unicamente allo Stato per far valere giudizialmente il suo diritto di punire, spetta, almeno, al privato offeso un'*azione privata penale* per far valere nel giudizio penale il preteso suo diritto offeso mediante il reato? Nemmeno questo può affermarsi in via di principio. E, invero, anche volendo concepire il *diritto di querela*, come una azione giudiziaria, cioè come una azione privata penale, è tuttavia indubitato che tale diritto non compete all'offeso se non in numero limitatissimo di casi, i quali certamente, di fronte alla generalità dei reati per cui il processo penale ha luogo senza alcuna istanza della parte lesa, rappresentano una *eccezione*, eccezione che, appunto

(24) Cfr. Jhering, *Esprit du droit romain*, trad. de Meulenaere, IV, p. 337 e 338.

perchè tale, non distrugge, ma conferma la regola. La qual regola è, dunque, che il processo penale nasce, non solo, ma si svolge e si estingue automaticamente, in forza della sola volontà di organi pubblici, agenti di loro iniziativa e per dovere di ufficio. senza bisogno di alcuna domanda della parte lesa, o di altri privati e quindi indipendentemente da ogni azione giudiziaria privata (principio della *ufficialità* e della *legalità* del processo penale) (25).

Se, dunque, il privato offeso non ha di solito alcuna azione giudiziaria a difesa del suo interesse leso dal reato, ciò vuol dire, evidentemente, che tale interesse non costituisce un diritto, e precisamente un diritto privato. Invero, un diritto privato, la cui tutela giurisdizionale, lungi dal poter essere invocata dal soggetto del diritto stesso, si effettua di regola in modo del tutto indipendente dalla volontà di tale soggetto, è, manifestamente, un mostro giuridico.

Concludendo: il precetto penale crea, bensì, un obbligo giuridico, di fare o di non fare, in tutti coloro a cui si rivolge, cioè, in tutti i consociati (v. sopra nº 154 *sub* I, *b*); ma a quest'obbligo giuridico non corrisponde affatto un diritto del soggetto dell'interesse direttamente offeso dal reato, al rispetto, da parte di essi, del bene, oggetto di quell'interesse (diritto soggettivo *privato*, *personale* e *assoluto*). Per conseguenza, dal precetto penalmente sanzionato non nasce nessun rapporto tra singolo e singolo, cioè nessun rapporto di diritto privato.

160. *b*) Sorgerà, allora, dal precetto penale, un rapporto fra Stato e singolo, cioè un rapporto di diritto pubblico? La risposta affermativa non ci par dubbia. Se, invero, il precetto penale crea indubbiamente un obbligo giuridico di fare o di non fare, se quest'obbligo incombe a ogni soggetto a cui il precetto stesso si rivolge, cioè a ogni consociato, o meglio, a ogni suddito dello Stato come tale (cittadino o straniero), se a quest'obbligo di questo soggetto deve necessariamente corrispondere un diritto di un altro soggetto, e se infine questo diritto non appartiene al soggetto dell'interesse

(25) Su questo principio e su le sue conseguenze si veda specialmente: ULLMANN, *Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts*, München, 1893, pp. 22 e s., 212 e s.

direttamente offeso dal reato, cioè al privato individuo, evidentemente esso non può competere che allo Stato.

E che lo Stato abbia, infatti, verso i sudditi, un diritto soggettivo alle azioni o omissioni, il non compimento delle quali costituisce reato, cioè un diritto alle azioni o omissioni imposte ai sudditi, mediante i precetti penali, risulta evidente da due considerazioni.

E cioè: 1° dalla esistenza, da parte dello Stato, di un *interesse*, tutelato dal precetto penale e offeso dal reato, perfettamente idoneo a costituire il lato sostanziale, il contenuto di un diritto soggettivo e cioè, appunto, di quel diritto soggettivo dello Stato: 2° dalla esistenza, da parte dello Stato, di un *potere giuridico di volere e di agire*, di fronte ai sudditi, per la soddisfazione di quell'interesse, potere a lui conferito dal precetto penale e perfettamente idoneo a costituire il lato formale, la forma propria di un diritto soggettivo e, cioè, appunto di quel diritto soggettivo dello Stato.

1° Che lo Stato abbia, in forza dei precetti penali, un diritto soggettivo alle azioni o omissioni, imposte dai precetti medesimi, è dimostrato, anzi tutto, dalla esistenza di un corrispondente *interesse dello Stato* alle azioni o omissioni stesse, *protetto dai precetti penali e offeso mediante i reati*, il quale interesse indubbiamente è atto a costituire il contenuto di un diritto soggettivo, cioè, appunto, di quel diritto soggettivo dello Stato. Lo Stato essendo, invero, null'altro che la società stessa politicamente organizzata, è evidente che l'*esistenza della società* è, per lo Stato, un *bene*, a cui esso ha *interesse*. Lo Stato ha, dunque, un interesse all'esistenza della società, da cui esso è costituito o, che è lo stesso, ha — al pari dell'individuo — *un interesse alla propria esistenza* ed ha, quindi, per conseguenza, anche un interesse al mantenimento delle condizioni di questa esistenza, val quanto dire, un *interesse alla propria conservazione*. Questo interesse dello Stato alla propria conservazione, di fronte ai singoli individui che lo compongono, si presenta evidentemente come un interesse a che non siano da essi commesse azioni o omissioni *contrarie* alle condizioni di vita della società e a che siano, per conseguenza, da essi compiute azioni o omissioni *conformi* alle condizioni stesse. Ma poichè le azioni, contrarie ai divieti, e le omissioni, contrarie ai comandi penalmente sanzionati, non sono che azioni o omissioni contrarie alle condizioni di vita della società, e parimenti, le azioni conformi ai comandi e le omissioni conformi ai divieti, penalmente

sanzionati, non sono che azioni o omissioni conformi alle condizioni stesse: è evidente che esiste un *interesse dello Stato* a che non siano commesse le azioni contrarie ai divieti e le omissioni contrarie ai comandi penalmente sanzionati. O che è lo stesso: esiste un *interesse dello Stato a che siano compiute le azioni conformi ai comandi e le omissioni conformi ai divieti penalmente sanzionati.* Questo *interesse dello Stato* al compimento delle azioni o omissioni penalmente imposte è indubbiamente un *interesse giuridicamente tutelato*, anzi, *penalmente tutelato*, giacchè è tutelato, appunto, da quegli stessi *precetti penali* che quelle azioni o omissioni impongono. E poichè i reati altro non sono che violazioni dei precetti penalmente sanzionati, è ugualmente certo che l'interesse dello Stato al compimento delle azioni o omissioni conformi ai precetti medesimi, è un interesse che i reati tutti necessariamente offendono con l'offendere i precetti da cui quell'interesse è protetto.

2° Ma non solo esiste un *interesse dello Stato* al compimento delle azioni o omissioni penalmente imposte, non solo questo interesse è *giuridicamente protetto dai precetti penali*, ma esso è *protetto mediante il conferimento allo Stato di un potere giuridico di volere e di agire, di fronte ai suoi sudditi, per la soddisfazione di quell'interesse*, epperò, costituisce, appunto, un *diritto soggettivo* proprio dello Stato: il *diritto dello Stato, verso i sudditi, alle azioni o omissioni imposte dai precetti penali (diritto alla osservanza dei precetti penali, diritto alla obbedienza dei precetti penali).*

E che lo Stato abbia realmente, verso i sudditi, questo diritto al compimento delle azioni o omissioni penalmente imposte, è dimostrato da ciò che, anche fuori del campo della amministrazione della giustizia penale, lo Stato ha organi la cui funzione è appunto quella di esercitare e far valere un tale diritto nel caso che all'adempimento dell'obbligo corrispondente non si sottoponga spontaneamente (ciò che, invece, di solito avviene) la volontà degli obbligati. Tutta, invero, quella sfera di *attività amministrativa dello Stato* che va sotto il nome di *polizia di sicurezza*, mirando principalmente allo scopo di impedire la commissione dei reati, altro prevalentemente non è se non l'*esercizio*, appunto, di questo *diritto dello Stato* di esigere ed ottenere dai sudditi l'osservanza della condotta imposta dai precetti penali. Ma la prova più certa dell'esistenza di un diritto dello Stato di ottenere dai sudditi quella condotta che ad essi è prescritta dai precetti pe-

nali, è data dal fatto che dalla inosservanza, appunto, di tale condotta da parte dei sudditi, e così dalla trasgressione dei precetti penali, indubbiamente sorge nello Stato, verso i trasgressori, un vero e proprio diritto, giurisdizionalmente protetto, mediante la garanzia di una *azione giudiziaria*, cioè: il diritto soggettivo di punire.

Si è già detto, infatti, che ogni diritto soggettivo, sia privato, sia pubblico, sia assoluto, sia relativo, presenta, di fronte al mero interesse giuridicamente protetto, questa particolarità: che, per effetto della sua violazione, il diritto stesso giuridicamente si estingue e un altro ne nasce al suo posto, il quale spetta al soggetto del diritto offeso verso l'offensore e rappresenta, pel suo valore, l'equivalente del diritto violato. Orbene, che cosa è, appunto, il diritto soggettivo di punire se non un nuovo diritto che, per effetto della violazione di un diritto preesistente, sorge a posto del diritto violato, un nuovo diritto, del soggetto del diritto offeso verso l'offensore, il quale, pel suo valore, rappresenta l'equivalente del diritto offeso, e perciò stesso, estinto? E che cosa è mai, dal momento che non è un diritto soggettivo del privato offeso, questo preesistente diritto violato dal reato, se non, appunto, il diritto dello Stato alla osservanza del precetto penale? E che si abbia, nel caso, una trasformazione o conversione di un diritto di obbedienza dello Stato in un diritto di punire dello Stato stesso, è reso evidente da ciò, che, mentre il diritto di obbedienza del precetto penale, una volta violato, si estingue, il diritto di punire, per contro, nasce appunto per effetto della violazione di esso e ne rappresenta perfettamente l'equivalente.

Che il diritto dello Stato verso i sudditi alla osservanza del precetto penale cessi di esistere, una volta violato, è certo. Verso il *reo*, come tale, lo Stato non ha più un *diritto di obbedienza*, e cioè un diritto a che egli agisca o ometta di agire in conformità del precetto penale, ma ha solo un *diritto di punire*; e non ha più un diritto di obbedienza perchè non è, ormai, più possibile prevenire *il reato che il reo ha già commesso,* ma solo è possibile prevenire nuovi reati, sia da parte di lui, sia da parte di altri. Ugualmente, è certo che il diritto di punire sorge dalla violazione del diritto all'obbedienza, perchè esso nasce in sèguito e a causa del reato, cioè della disobbedienza o inosservanza del precetto penale, e spetta allo Stato verso il reo, cioè proprio verso colui che ha

disobbedito al precetto penale. Nemmeno, infine, si può mettere in dubbio che il diritto di punire rappresenti l'equivalente del diritto di obbedienza violato dal reato. Il diritto di obbedienza dello Stato ha per base l'interesse dello Stato stesso alla propria esistenza e conservazione; è un *diritto*, cioè, dello Stato *alla propria conservazione*. Il diritto di punire dello Stato ha per base l'interesse dello Stato stesso alla difesa della propria esistenza, è un *diritto di autodifesa sociale o politica o statuale*. Ora, “ *il diritto di difesa* „ — come scultoriamente disse il ROMAGNOSI — “ non è altro, appunto, che una *trasformazione del diritto di conservazione* della vita e del ben essere occasionato da un fatto nocivo..., non è altro che una naturale conseguenza ed un immediato *prodotto* dello stesso *diritto di conservazione*, il quale, perchè è rivolto ad allontanare una offesa, acquista il nome di *diritto di difesa* „ (26).

Concludendo: all'obbligo giuridico di fare o di non fare, imposto dal precetto penale, corrisponde un diritto soggettivo dello Stato verso i consociati a che essi agiscano o non agiscano in conformità del comando o divieto penalmente sanzionato, cioè un diritto soggettivo dello Stato verso i sudditi alla osservanza o all'obbedienza del precetto penale.

161. Contro l'esistenza di un diritto dello Stato all'osservanza del precetto penale, affermata, per la prima volta, dal BINDING (27), sono state mosse varie obiezioni (28).

a) Se esistesse — si è detto — un diritto dello Stato all'osservanza del precetto penale, questo, altro certamente non potrebbe essere, se non un *diritto di supremazia politica*, e, più precisamente, un *diritto di obbedienza*. Ora, i *diritti di supremazia* non essendo che manifestazioni della *sovranità* dello Stato, spettano, indubbiamente, allo Stato solo verso i suoi *sudditi*, solo, cioè,

(26) ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, 7ª ediz., Milano, 1840, vol. I, parte I, capo II, § 49 *sub* I.

(27) BINDING, *Die Normen*, I, p. 423 e segg.; *Handbuch*, I, p. 183 e segg. Nello stesso senso: OETKER, *Rechtsguterschutz und Strafe* nella *Zeitschrift*, XVII, 565 e segg.; JELLINEK, *System*, 1ª Aufl., p. 187 e segg.

(28) Per esse, vedi: KESSLER, *Gerichtsaal*, XXXVIII, 562 e segg., XXXIX, 107 e segg.; KOLRAUSCH, *Irrtum und Schuldbegriff*, Berlin 1903, p. 45; AFFOLTER, *Zur Normentheorie* in *Arch. f. oeffentl. Recht*, XXIII, 409, e segg.

verso i *cittadini* o, al più, verso gli *stranieri che si trovano nel territorio dello Stato*, non mai, in ogni caso, verso gli *stranieri che si trovano all'estero*, i quali non sono certo *sudditi*, neppur *temporanei*, dello Stato. Invece, il diritto all'osservanza del precetto penale spetterebbe allo Stato non solo verso i cittadini o gli stranieri che si trovano nel territorio dello Stato (art. 3 cod. pen.), non solo verso i cittadini che si trovano all'estero (art. 5 e 4 c. p.), ma anche verso gli stranieri che si trovano all'estero (art. 4 e 6 cod. pen.); ciò che, evidentemente, è un assurdo. — Contro questa obiezione si può, anzi tutto, osservare che il diritto dello Stato alla osservanza dei suoi precetti penali verso gli stranieri che si trovano in territorio straniero, non è che una *eccezione* che manifestamente conferma la *regola* per la quale il diritto alla obbedienza del precetto penale, come ogni altro diritto di supremazia, spetta allo Stato in confronto esclusivamente dei *sudditi*, cioè dei *cittadini*, dovunque essi si trovino (*sudditi permanenti*) e degli *stranieri* in quanto si trovino nel territorio dello Stato (*sudditi temporanei*). Ma, a parte ciò, è evidente che l'obiezione, in sè, prova troppo.

Anche il diritto di punire, infatti, è una manifestazione della sovranità dello Stato, anzi, la più alta esplicazione della sovranità statuale; anch'esso è un diritto di supremazia politica, anzi il più delicato e il più grave fra i diritti di supremazia dello Stato su le persone dei cittadini. Eppure, non solo verso i cittadini, dovunque essi si trovino, e non solo verso gli stranieri che si trovino nel territorio dello Stato, ma anche verso gli stranieri che si trovino all'estero, lo Stato ha il diritto di punire, giacchè esso può perseguirli e condannarli per i delitti da essi commessi in territorio straniero (art. 4 e 6 c. p.), e lo può non solo nel caso in cui, dopo il delitto, mettano il piede nel territorio dello Stato (art. 6 cod. pen.), ma anche talvolta nel caso in cui mantengano la loro dimora in territorio estero (art. 4 c. p.), nel qual caso la condanna vien emessa in contumacia e rimane ineseguita fin tanto che non si verifichi la presenza del reo nel territorio dello Stato italiano. Si dovrà, dunque, negare, per ciò, anche l'esistenza di un diritto di punire dello Stato, come si nega l'esistenza di un diritto d'obbedienza dello Stato medesimo?

β) Un'altra obiezione contro l'esistenza di un diritto dello Stato alla osservanza del precetto penale si è voluto desumere

dall'esistenza di reati puramente *colposi* (29). Se ogni reato, si è detto, fosse la violazione di un diritto di obbedienza dello Stato, bisognerebbe ammettere la possibilità di una violazione, non soltanto dolosa, ma anche colposa, del diritto di obbedienza. Ora una violazione colposa del diritto di obbedienza è una contraddizione in termini. Infatti, il comando o il divieto, a cui si tratta di obbedire, o si conosce o non si conosce. Se non si conosce, non si può ad esso nè obbedire nè disobbedire. Se si conosce, o si obbedisce coscientemente o si disobbedisce coscientemente, cioè, *dolosamente*. In ogni caso una *disobbedienza colposa* non è concepibile. Quindi neppure un reato colposo.

L'errore di questo ragionamento è evidente. Esso sta nel ritenere che, senza la conoscenza della legge penale, non sia giuridicamente possibile osservanza o inosservanza di essa, cioè, che all'osservanza o inosservanza della legge penale sia giuridicamente necessaria la conoscenza della legge medesima. Invece, secondo il nostro diritto positivo, la conoscenza della legge penale è così poco indispensabile alla sua osservanza o inosservanza, che, pur ignorando la legge penale, si può osservarla o non osservarla. Infatti, si può *non* commettere reato, credendo di commetterlo (*reato putativo*) e si può commettere reato, credendo di *non* commetterlo (art. 44 cod. pen.). Nel primo caso, l'ignoranza della legge penale non nuoce, nel secondo, non giova. Ma se è possibile commettere un reato, anche senza conoscere la legge penale, è evidente che non solo il reato *colposo*, ma anche il reato *doloso*, non presuppone la conoscenza della legge penale, e che è manifestamente un errore il far consistere il *dolo* nella coscienza di violare la legge penale e la *colpa*, nella mancanza di tale coscienza (arg. dall'art. 45 c. p.). La verità è, invece, che come il *dolo* non è che la *coscienza e la volontà di nuocere*, — cioè di danneggiare (o porre in pericolo) un bene o interesse protetto dalla legge penale, — così la *colpa* non è che la mancanza di tale coscienza e volontà; e che il reato doloso si distingue dal colposo unicamente, per ciò, che nell'uno esiste, e nell'altro, no, la coscienza e la volontà di ledere (o mi-

(29) Vedi, per essa, LIEPMANN, *Einleitung in das Strafrecht*, Berlin, 1900, p. 13. Nello stesso senso: PHILIPSBORN, *Die Klassification der einzelnen strafbaren Handlungen*, Berlin, 1906, p. 26.

nacciare) il bene o interesse, protetto dalla legge penale. Ma se così è, ne deriva che *non solo dolosamente, ma anche colposamente è possibile violare il diritto dello Stato all'obbedienza del precetto penale.* Invero, che cosa è il diritto dello Stato all'obbedienza del precetto penale, se non un diritto a che non si commettano azioni o omissioni penalmente vietate, se non un diritto, quindi, a che non siano lesi o messi in pericolo, mediante tali azioni o omissioni, i beni e gli interessi penalmente protetti? E chi può negare, allora, che sia violazione del diritto dello Stato all'obbedienza del precetto penale ogni azione o omissione che leda o minacci il bene o interesse protetto dal precetto medesimo, sia che ad essa si accompagni (*dolo*), sia pure che non si accompagni (*colpa*) la coscienza e la volontà del danno o del pericolo?

γ) Ma l'obiezione più grave contro l'esistenza di un diritto dello Stato all'obbedienza del precetto penale, più grave perchè attacca la tesi in sè stessa e non già nelle sue conseguenze, si è tratta dalla considerazione della natura stessa dello Stato, dell'ordine giuridico e del rapporto di subordinazione dei singoli allo Stato.

" Lo Stato — si è detto — non è concettualmente pensabile senza organizzazione e senza la conseguente sottoposizione dei singoli alla volontà dello Stato. L'ordinamento giuridico è il contenuto delle norme annunciate, come volontà statuale, agli appartenenti allo Stato, epperò non è concepibile senza forza obbligante per i destinatari delle norme stesse. Ma l'esistenza dello Stato è cosa di fatto, non esercizio di diritto. Non esiste nessun " diritto all'esistenza „ dello Stato. Per conseguenza, anche tutto ciò che concettualmente appartiene alla esistenza dello Stato, non è esercizio di un diritto. Ora l'obbedienza dei sudditi alle leggi sta nel concetto dello Stato e dell'ordine giuridico; è, dunque, erroneo rivendicare allo Stato un proprio diritto all'obbedienza. Ma dal momento che non esiste un diritto dello Stato alla obbedienza, non può esistere naturalmente neanche un corrispondente obbligo dei sudditi nel senso tecnico di questa parola, giacchè anche dal lato passivo è erroneo definire ogni agire conforme a un dovere come adempimento di una obbligazione nascente dal diritto vigente „ (30).

(30) Hirschberg, *Die Objekte des Verbrechens*, Breslau, 1910, p. 55-56.

Anche questa obiezione, per quanto seria, non regge alla critica. Sia pure, invero, che lo Stato preesista al diritto; sia pure che la sovranità appartenga allo Stato per la sua stessa natura e non in virtù dell'ordinamento giuridico; sia pure che essa appaia come un potere di fatto, come una forza. Egli è tuttavia certo che tale potere, tale forza dello Stato è appunto la forza *del diritto* (31), non potendosi nello Stato moderno la sovranità statuale altrimenti esplicare se non, appunto, per mezzo del diritto. Ma se lo Stato in tanto ha un potere politico di comandare sovranamente, in quanto comandi, appunto, per mezzo del diritto, è evidente che anche il suddito, in tanto ha un dovere politico di obbedire, in quanto obbedisca al diritto. Non esiste, dunque, un illimitato e indeterminato dovere politico di obbedienza del suddito di fronte allo Stato, ma esiste solo un dovere politico di obbedire al diritto, il dovere politico, precisamente determinato, di fare ciò che il diritto comanda e di non fare ciò che il diritto vieta. Ma il diritto, l'ordinamento giuridico, non è che il complesso delle norme giuridiche vigenti nello Stato. Dunque, il *dovere politico* del suddito di fare o di non fare ciò che il diritto rispettivamente comanda o vieta, si risolve, per necessità, in *altrettanti singoli obblighi* di fare o di non fare, quante sono le *singole norme giuridiche*, cioè i *singoli comandi o divieti*, da cui il diritto risulta. Questi *obblighi*, poichè non preesistono a quelle norme giuridiche, ma da esse discendono, sono obblighi, non politici, ma essenzialmente *giuridici* e, come tali, hanno questo di particolare, di fronte agli obblighi che non sono giuridici (doveri politici, morali, religiosi e via dicendo): che non suppongono soltanto un soggetto che comanda e un altro che obbedisce, un soggetto che obbliga e un altro che rimane obbligato, ma suppongono, insieme, un terzo soggetto (individuo o collettività), di fronte al quale quest'ultimo appare obbligato, il quale è conseguentemente *autorizzato* a esigere appunto l'adempimento dell'obbligo da parte dell'obbligato. — Ora, quale è il soggetto che obbliga mediante i precetti penali? Evidentemente, lo Stato, come *legislatore*. Quale il soggetto che appare da essi obbligato? Evidentemente ogni singolo individuo in quanto è suddito dello Stato. Ma quale è il soggetto di fronte al quale quest'ultimo

(31) Cfr. Romano, *Teoria dei diritti pubblici soggettivi*, Milano, 1897, p. 40.

appare obbligato? Non certamente, come si è visto, un altro singolo individuo, cioè il privato offeso dal reato. Dunque, evidentemente, esso non può essere che lo Stato, ma non lo Stato come *potere legislativo,* bensì lo Stato come *potere esecutivo* o *amministrativo.* Ma se il suddito, come tale, ha, di fronte allo Stato, come potere esecutivo o amministrativo, un *obbligo giuridico* di fare ciò che il precetto penale comanda e di non fare ciò che il precetto penale vieta, è evidente che lo Stato (potere esecutivo o amministrativo) ha *diritto* a che il suddito faccia, o non faccia, ciò che il precetto penale comanda o vieta. E che cosa è mai questo diritto, se non, appunto, *il diritto dello Stato alla osservanza o all'obbedienza del precetto penale?* Il potere dello Stato di esigere dai sudditi l'obbedienza dei precetti penali, non è, dunque, soltanto un potere *politico*, un potere *di fatto*, una *forza,* bensì un *potere* veramente e propriamente, *giuridico*, un *diritto*, vero e proprio.

Ma si è detto. Se ogni norma giuridica creasse un particolare diritto alla osservanza di essa, evidentemente il *diritto di obbedienza* si specializzerebbe, presso ogni singola norma giuridica, in un *particolare diritto all'obbedienza* della norma stessa; si cadrebbe così nell'errore di risolvere in diritti soggettivi autonomi le parti speciali di un unico diritto soggettivo (32). Se non che, nè esiste un *generale* " *diritto* „ *di obbedienza politica* dello Stato verso i sudditi, nè il *particolare diritto all'obbedienza* del precetto penale è punto una *facoltà*, contenuta in quel preteso diritto. Altro è, invero, il potere di comandare mediante norme giuridiche, altro i singoli diritti soggettivi creati da queste norme tra cui è anche il diritto all'osservanza del precetto penale, fondato dal precetto medesimo.

L'uno deriva allo Stato dalla sua stessa natura, l'altro, da una norma giuridica. L'uno spetta allo Stato come *legislatore,* l'altro spetta allo Stato come *governo* o *amministrazione.* L'uno è un potere *politico* e quindi un potere *di fatto*, una *forza*, a cui si è assoggettati materialmente, e a cui fa quindi riscontro una necessità *fisica* o *materiale*; l'altro una facoltà, una pretesa, un potere *giuridico* a cui si è assoggettati psicologicamente, e a cui fa, quindi, riscontro una necessità *psichica* o *morale*, che è quanto dire,

(32) Hirschberg, *Die Objekte des Verbrechens,* p. 56.

una necessità giuridica, cioè, un obbligo giuridico. L'uno, dunque, non è un diritto, mentre l'altro è un diritto vero e proprio, e precisamente, un diritto soggettivo pubblico. È, quindi, assurdo concepire, tutt'al rovescio, quello, come un *diritto soggettivo* e questo, come una semplice *facoltà giuridica*, contenuta, insieme ad altro, in quell'unico diritto e, come tale, inidonea a costituire un diritto soggettivo autonomo e distinto dal primo.

162. Esiste, dunque, un diritto dello Stato verso i sudditi alle azioni o omissioni imposte dai precetti penali. Ogni precetto penale, invero, come si è visto, è o positivo o negativo, è un comando o un divieto, epperò genera nei sudditi, a cui si rivolge, l'*obbligo giuridico* di fare o di non fare. Di contro e in corrispondenza a questo dovere di agire o di non agire in conformità del precetto sta, appunto, un *diritto soggettivo pubblico* dello Stato come *pretesa giuridica*, che lo Stato vanta verso il suddito, alla azione o omissione che forma il contenuto del precetto penale. Obbligo e pretesa, nel loro insieme, costituiscono un *rapporto giuridico*, che potrebbe dirsi il *rapporto di obbedienza giuridica penale*. Fonte di questo rapporto è il precetto penale medesimo, il comando o il divieto alla cui osservanza è posta la sanzione penale e alla cui inossorvanza (reato) è ricollegata l'applicazione della sanzione stessa. Fatto originario di tale rapporto giuridico è la stessa naturale e necessaria appartenenza del singolo allo Stato: il rapporto in questione è, dunque, un rapporto, non volontario, ma necessario, sorgente *ex ipsa lege*, senza l'intervento di alcuna manifestazione di volontà, in quanto appunto ripete la sua origine, non da un atto dello Stato o del singolo, ma dalla stessa " *necessità* „ naturale, giuridicamente riconosciuta e resa produttiva di conseguenze giuridiche. Soggetto *attivo* della pretesa è lo Stato stesso come *potere esecutivo* o *amministrativo*: questa appare perciò come un *diritto soggettivo dello Stato* di carattere *pubblico* e precisamente come un *particolare* diritto di supremazia o di obbedienza politica, nascente dal precetto penale e ben distinto dal generale potere di sovranità dello Stato esplicantesi con la creazione legislativa del precetto medesimo. Soggetto *passivo* della pretesa è invece il suddito, cittadino (suddito permanente) o straniero (*subditus temporarius*), ma non un suddito determinato, bensì *tutti i sudditi*, come tali: la pretesa si fa qui valere non *verso una per-*

sona specificamente indicata (come avviene, ad es., nei diritti privati di obbligazione), ma *verso tutti, erga omnes* (come avviene, ad esempio, nei diritti reali). Il soggetto passivo della pretesa, cioè, non è uno, ma più, non è individualmente determinato, almeno al momento in cui sorge il diritto, ma tale si determina (*reo*) solo al momento in cui il diritto è violato: si tratta quindi di un diritto *assoluto*. Benchè assoluto, il diritto in questione ha però un carattere *personale* e, anzi, rientra nel concetto giuridico di " obbligazione „ in senso largo, in quanto è diretto *verso* i sudditi ed ha per oggetto prestazioni personali, cioè determinate azioni o omissioni delle persone dei sudditi. Più precisamente: se *negativo* è il precetto, *oggetto* della pretesa giuridica dello Stato è una *omissione*, è l'astensione da una azione che costituisce lesione o minaccia di un altrui interesse, individuale o collettivo (es.: non uccidere, non rubare, non tradire la patria, obbligo a cui corrisponde, nello Stato, il diritto al rispetto della vita individuale, del patrimonio privato, della fede politica). Se *positivo* è il precetto, *oggetto* della pretesa giuridica dello Stato è il compimento di una azione, l'astensione dalla quale darebbe luogo alla lesione o alla minaccia di un altrui interesse individuale o collettivo (es.: obbligo di soccorrere fanciulli abbandonati o persone impotenti o in pericolo, cui corrisponde un diritto dello Stato alla prestazione del soccorso stesso). Perchè è diritto *verso* i sudditi *ad* azioni o omissioni determinate, di contenuto essenzialmente *obbligatorio*, in esso, come in ogni diritto di obbligazione, privata o pubblica, ha unica importanza il momento della " *pretesa* giuridica „, il cui oggetto è appunto l'azione del soggetto passivo (suddito). L'elemento della *facultas agendi*, il momento, cioè, della azione del soggetto attivo del diritto (Stato), esiste, ma è anteriore al sorgere del diritto, e quindi estraneo al suo concetto: la pretesa dello Stato, come diritto verso i sudditi, suppone certo, infatti, un *potere sui sudditi*, ma questo potere, come facoltà di agire dello Stato, non è che il *potere di sovranità*, dal quale il diritto particolare, di che qui si discorre, bensì discende, ma col quale, come si è visto, non va punto confuso. Perchè è diritto *assoluto*, cioè pretesa verso tutti, vi è poi, in questo, al pari che negli altri diritti assoluti, un punto centrico, un *quid* cui la pretesa si riferisce e su cui convergono tutte le azioni od omissioni che formano oggetto della pretesa medesima. Questo punto di

unificazione è dato dalle *condizioni di vita della società giuridicamente organizzata.* E, invero, la pretesa dello Stato alle azioni o omissioni imposte dai precetti penali, appunto perchè ha carattere di diritto assoluto e si fa valere verso tutti, si risolve in una *pretesa al rispetto dei beni e interessi umani della esistenza* che i precetti penali giuridicamente tutelano contro quelle azioni o omissioni umane, ad essi dannose o pericolose, che si chiamano reati. Tali beni e interessi possono essere beni e interessi *collettivi* o *sociali*, *privati* o *pubblici*, ovvero beni e interessi *individuali (privati)* a seconda che si tratti di reati contro la famiglia, la società o lo Stato ovvero contro l'individuo. In ogni caso la pretesa dello Stato al rispetto dei beni o interessi medesimi sempre appare come un *diritto dello Stato alla propria esistenza,* come un *diritto dello Stato alla conservazione di sè medesimo.* In tanto, infatti, quei beni o interessi vengono dal diritto penale giuridicamente tutelati contro le azioni o omissioni ad essi dannose o pericolose, in quanto la loro tutela è condizione di esistenza della stessa società giuridicamente organizzata, così che non potrebbero essi venir lesi o minacciati senza offendere, in pari tempo, l'*interesse dello Stato alla propria esistenza e conservazione.*

Il diritto soggettivo dello Stato alla obbedienza del precetto penale, nascendo, come si è detto, dal precetto penale medesimo, è naturale che la sua violazione sia data appunto dalla violazione del precetto penale, cioè, dal reato. Il reato è, dunque, sempre, in tal senso, la violazione di un diritto soggettivo, cioè appunto del diritto soggettivo dello Stato alla osservanza o all'obbedienza del precetto penale. Ma il reato è altresì il fatto giuridico, e cioè il fatto illecito, a cui la legge penale ricollega il sorgere del diritto di punire dello Stato, e questo è indubbiamente un diritto soggettivo diverso dal diritto di obbedienza del precetto penale. La violazione del diritto dello Stato all'obbedienza del precetto penale, produce, adunque, da un lato, l'*estinzione* del diritto stesso, dall'altro, la *nascita* di un diritto nuovo che è il diritto soggettivo di punire dello Stato. In altri termini: il diritto di obbedienza, una volta violato, si *trasforma o si converte* nel diritto di punire.

E nulla è più naturale di questa trasformazione. Invero il diritto all'obbedienza del precetto penale, sostanzialmente considerato, altro non è se non un diritto dello Stato alla propria esistenza e conservazione. Il diritto di punire, sostanzialmente considerato,

altro non è se non un diritto dello Stato alla propria difesa. Ed è proprio di ogni diritto di conservazione di trasformarsi in un diritto di difesa in sèguito e per effetto della sua violazione (vedi *retro* n° 160 *sub* 2).

163. *B)* Da ciò che un'azione o omissione è penalmente illecita allorquando è posta in essere in opposizione a un precetto penale e all'obbligo e al diritto che ne discendono, deriva, come naturale conseguenza, che un'azione o omissione, per essere penalmente illecita, deve altresì non essere conforme ad alcun'altra norma giuridica e non rappresentare, quindi, nè l'adempimento di un dovere giuridico, nè l'esercizio di un diritto soggettivo dell'agente (condizione *negativa* della illiceità giuridica penale). O, invero, una azione o omissione rappresenta l'applicazione di una norma giuridica, epperò l'adempimento di un obbligo giuridico e l'esercizio di un diritto soggettivo da quella norma creato; e allora essa non può costituire la violazione di un precetto penale e dell'obbligo e del diritto che ne derivano (cod. pen. art. 49, n. 1: " Non è punibile (cioè non è autore di reato) colui che ha commesso il fatto..... per disposizione della legge..... „). O un'azione o omissione costituisce la violazione di un precetto penale e dell'obbligo e del diritto creati dal precetto medesimo; e allora essa non può rappresentare l'applicazione di un'altra norma giuridica, epperò l'adempimento di un obbligo giuridico o l'esercizio di un diritto soggettivo dell'agente. Una azione o omissione che sia, al tempo stesso, la trasgressione di un precetto penale e l'applicazione di un'altra norma giuridica, la violazione dell'obbligo e del diritto creato da un precetto penale e insieme l'adempimento di un obbligo giuridico o l'esercizio di un diritto soggettivo rispettivamente imposto o concesso all'agente da un'altra norma giuridica, è un inconcepibile assurdo. Invero, i precetti penali non sono che parte delle norme giuridiche dal cui complesso risulta il diritto obiettivo, l'ordinamento giuridico dello Stato. Ora il diritto obiettivo, l'ordinamento giuridico, mirando a un unico scopo, cioè l'assicurazione delle condizioni indispensabili della vita in comune (v. *retro*, n. 137), rappresenta una armonica e coordinata unità che non può, come tale, nelle varie sue parti, porre in contraddizione sè con sè stesso. Nel seno di questa grande unità, che noi chiamiamo diritto, un dissidio interiore non è concepibile.

L'ordinamento giuridico non può consentire, nelle viscere sue, la guerra interna fra le singole norme che lo costituiscono; di tal che l'una vieti, ciò che l'altra comanda, o comandi, ciò che l'altra vieta, ovvero vieti o comandi ciò che l'altra consente, rispettivamente, di fare o di non fare. Tanto meno può permettere l'esclusione e la sopraffazione di una norma giuridica per opera di un'altra norma, cioè la vittoria di una norma sull'altra. Nessuna norma giuridica ha, invero, di fronte all'altra, un carattere di plus-valenza, nè è possibile stabilire fra esse una graduatoria e quasi una gerarchia, di dignità e di importanza che valga, in caso di eventuale loro conflitto, a dispensare dall'osservanza dell'una, per assicurare l'osservanza dell'altra, che serva, cioè, a determinare una prevalenza, e quasi una prepotenza, di una norma sull'altra. Tutte le norme giuridiche sono ugualmente importanti, nel senso che debbono tutte similmente osservarsi. Tutte hanno ugual valore, nel senso che uguale è sempre la forza obbligatoria che da esse deriva. Un *conflitto di norme giuridiche* non è, dunque, logicamente e praticamente pensabile. E poichè ogni obbligo giuridico e ogni diritto soggettivo trova la sua fonte in una norma giuridica, un *conflitto di obblighi giuridici* o di *diritti soggettivi* o di *obblighi e diritti* fra loro, è, per conseguenza, altrettanto impossibile, quanto è impossibile un conflitto fra le norme giuridiche che li generano.

Ma se un *reale ed effettivo* conflitto di norme giuridiche, di obblighi e di diritti, non è concepibile, ciò non toglie che possa darsi, tuttavia, fra di essi, un conflitto meramente *apparente*. Ciò si verifica, appunto, allorquando un'azione *appaia*, da un lato, proibita dalla legge penale, e dall'altro, al tempo stesso, autorizzata od imposta da un'altra norma giuridica. L'ordinamento giuridico pone, allora, esso medesimo, i criteri atti a dirimere questo apparente conflitto, a conciliare le norme giuridiche fra sè apparentemente contraddittorie. E questi criteri sono varî, a seconda delle varie possibilità di conflitto.

1° Può darsi, in primo luogo, che le norme giuridiche fra sè contraddittorie, considerate in rapporto al tempo in cui furono promulgate, appaiano, non già cronologicamente contemporanee, ma, invece, l'una, anteriore e l'altra, posteriore. In tal caso, l'incompatibilità della nuova norma con la precedente ha per naturale conseguenza la tacita, totale o parziale, abrogazione di questa

(art. 5 delle disposizioni preliminari al codice civ.): onde non si tratta più, a dir vero, di un conflitto fra norme giuridiche esistenti e vigenti nel medesimo tempo, ma, invece, della deroga, portata a una norma giuridica antecedente, da una norma giuridica susseguente (*lex posterior derogat priori*).

2° Può darsi, in secondo luogo, che le due norme giuridiche in conflitto appaiano come aventi un contenuto non totalmente, ma solo parzialmente coincidente, in quanto l'una presupponga circostanze di fatto che l'altra non presuppone. Anche in tal caso un conflitto, in vero e proprio senso, non esiste, giacchè le norme giuridiche a prima vista contradditorie, sono, in realtà, norme sostanzialmente, sebbene solo in parte, diverse e quindi fra loro conciliabilissime, mediante un approfondito esame logico del loro contenuto.

3° Può darsi, in terzo luogo, che delle due norme giuridiche in conflitto, l'una spieghi o sviluppi un concetto già contenuto nell'altra, ciò è a dire, dichiari più minutamente e particolarmente quanto già è stabilito nell'altra. Anche in tal caso non vi è, a dir vero, conflitto di norme giuridiche, ma, invece, armonica coesione di due norme delle quali l'una serve alla esplicazione e alla dichiarazione dell'altra, e ne rappresenta, in certo modo, una specie di interpretazione autentica (*norma esplicativa o dichiarativa*). Anche ammesso, infatti (e si potrebbe dubitarne), che tal norma esplicativa e dichiarativa possa considerarsi come una vera e propria norma *giuridica*, certo è, ad ogni modo, che essa non è una norma giuridica autonoma e per se stante di fronte a quella di cui rappresenta l'esplicazione e la dichiarazione, ma costituisce, invece, una parte, ovvero una più specifica ripetizione, di essa, epperò non può venir con questa in vero e proprio conflitto, conflitto essendo possibile solo fra più norme indipendenti e distinte l'una dall'altra.

4° Può darsi, infine — ed è il caso normale — che, delle due norme in conflitto, l'una, altro non faccia se non negare o limitare l'applicabilità dell'altra in certe circostanze di fatto, così che questa appaia come *regola* (norma positiva), quella, come *eccezione* (norma negativa). Anche in tal caso il conflitto è meramente apparente e il criterio per la sua risoluzione è dato dal principio generale di diritto, secondo il quale la norma speciale (negativa) modifica la norma generale (positiva) con cui si

trova in antitesi (*in toto iure generi per speciem derogatur*). Ma di ciò si dirà meglio or ora, parlando della liceità giuridica penale.

§ 3. — *La liceità giuridica penale.*

164. Il concetto della liceità giuridica penale, in generale (mancanza delle condizioni di esistenza della illiceità giuridica penale). Mancanza della condizione *positiva*: la liceità giuridica penale « normale ». Mancanza della condizione *negativa*: la liceità giuridica penale « eccezionale ». — 165. A) *La liceità giuridica penale « normale »*. Suo concetto (non contrarietà a un precetto penalmente sanzionato). La sfera del *lecito giuridico* (o della *libertà giuridica*) *penale; il diritto subiettivo pubblico individuale di libertà* in materia penale. — Liceità di diritto penale e liceità di diritto privato o pubblico, non penale. — 166. B) *La liceità giuridica penale « eccezionale »*. Suo concetto. Sue condizioni: *I^a^ Condizione*: esistenza di un precetto della legge penale che, nella generalità dei casi, vieta sotto sanzione penale una determinata azione; *II^a^ Condizione*: esistenza di una norma giuridica che eccezionalmente, in date circostanze, comanda o permette o non vieta l'azione di regola vietata dalla legge penale. — 167. Conflitti d'interessi giuridici e di diritti soggettivi e necessità della loro risoluzione da parte del legislatore. Criterio della loro risoluzione. Il principio giuridico della prevalenza dell'interesse socialmente più importante. — 168. L'esclusione legislativa della illiceità giuridica penale. I precetti penali sono regole che ammettono eccezioni. Anche queste eccezioni sono date da norme giuridiche. Norme *positive* e norme *negative* o *eccezionali* nel campo del diritto penale. — 169. Varie specie di norme negative dei precetti penali. Norme negative *imperative, proibitive* e *permissive*. Norme negative consistenti in *divieti di punire* certe azioni e quindi *in non divieti* penali delle azioni stesse. In qual senso esse si risolvano in norme permissive. — 170. *Norme direttamente e norme indirettamente negative dei precetti penali*: queste ultime, come norme proibitive della punizione, sono norme direttamente negative della sanzione penale. *Norme negative del precetto e norme negative della sanzione penale*: loro distinzione e loro rapporti. — 171. Le norme negative dei precetti penali sono sempre da un lato permessi e dall'altro comandi o divieti, o viceversa, e quindi fondano insieme diritti soggettivi e obblighi giuridici corrispondenti. — 172. *Norme negative di diritto penale e norme negative di diritto privato o pubblico* (norme negative non penali). Le norme negative di diritto privato o pubblico non possono mai consistere in semplici *non divieti*. Esse si applicano solo a quei fatti che sono, ad un tempo, reati e fatti illeciti di diritto privato o di diritto pubblico. — 173. Le norme negative dei precetti penali, siano o no penali, non possono essere che norme di legge (legge *materiale e formale* o soltanto *formale*, o soltanto *materiale*) (regolamenti, decreti-legge, trattati internazionali). Non mai norme *consuetudinarie*. — 174. Le lacune legislative in materia di liceità giuridica penale eccezionale cioè di esclusione della illiceità giuridica penale). *Due ipotesi*: 1° Il caso controverso rientra nella *parola*, ma non nel *senso* di una disposizione di legge *negativa* di un precetto penale. Non è ipotesi di lacuna. Ammissibilità, in tal ipotesi, della interpretazione estensiva della disposizione di legge (articolo 3 D. P. cod. civ.); 2° Il caso controverso non rientra nè nella *parola* nè nel *senso* di una disposizione di legge negativa di un precetto penale. È ipotesi di vera e propria lacuna legislativa. Se, e in qual modo, sia possibile l'integrazione di tale lacuna. Nostra opinione: ammissibilità dell'uso dell'*analogia* e del ricorso ai *principî generali del diritto* (art. 3 D. P. cod. civ.). Ragione di tale ammissibilità: le norme negative dei precetti penali sono norme, non di *diritto eccezionale* (art. 4 D. P. cod. civ.) ma di *diritto comune*.

164. Stabilito il concetto della illiceità di diritto penale, in sè e negli elementi che la costituiscono, riesce facile passare alla determinazione del concetto della liceità di diritto penale. Invero,

dal momento che a costituire il concetto dell'azione penalmente illecita, debbono concorrere contemporaneamente due distinte condizioni, l'una, *positiva* (contrarietà a un precetto del diritto penale), l'altra, *negativa* (non conformità ad alcun'altra norma di diritto), è evidente che la mancanza dell'una o dell'altra di queste condizioni esclude il concetto della illiceità di diritto penale per far luogo al concetto opposto della liceità giuridica penale. Penalmente lecita dovrà, dunque, dirsi:

A) Ogni azione o omissione che non sia contraria a un precetto penalmente sanzionato e quindi all'obbligo e al diritto che ne discendono (mancanza della condizione *positiva* della illiceità giuridica penale).

B) Ogni azione o omissione che, pur essendo (o meglio apparendo), contraria a un precetto del diritto penale, sia, d'altra parte, conforme ad un'altra norma giuridica (comando, divieto o permesso) e costituisca perciò l'adempimento di un dovere giuridico o l'esercizio di un diritto soggettivo dell'agente (mancanza della condizione *negativa* della illiceità giuridica penale). Nel primo caso, l'azione o omissione *è penalmente lecita dal punto di vista del diritto penale* (*liceità giuridica penale* " *normale* "). Nel secondo caso, l'azione o omissione è, dal punto di vista del diritto penale, *normalmente illecita e eccezionalmente lecita* (*liceità giuridica penale* " *eccezionale* ").

165. *A) La liceità giuridica penale normale.* Giuridicamente lecito, dal punto di vista del diritto penale, è, *in via di regola*, tutto ciò che non è contrario a un precetto del diritto penale (arg. dall'articolo 1 del codice penale). Ogni azione, pertanto, che non sia contraria a un divieto, e ogni omissione, che non sia contraria a un comando, penalmente sanzionato, e che perciò non presenti gli elementi speciali costitutivi di un dato reato, rientra nel campo delle azioni che sono normalmente lecite secondo le norme del diritto penale (così vi rientrano, ad esempio, tutti i c. d. reati putativi, le auto-offese, particolarmente il suicidio, le offese del consenziente, nei casi in cui il dissenso dell'offeso è un elemento costitutivo del reato, i *meri delitti civili* e via dicendo).

I precetti giuridici penali, dunque, in quanto comandano o vietano sotto sanzione penale determinate azioni o omissioni, non hanno soltanto virtù di generare un obbligo giuridico del citta-

dino e un corrispondente diritto soggettivo dello Stato (obbligo e diritto di obbedienza), ma hanno, altresì, l'effetto indiretto di riconoscere implicitamente una sfera giuridica di attività nella quale può il cittadino muoversi liberamente senza tema di incorrere in sanzioni penali, cioè, una sfera di *liceità o di libertà giuridica penale* abbracciante tutto quel complesso di azioni o di omissioni che non sono contrarie ai divieti o ai comandi del diritto penale, consistente, in altri termini, nella libertà di fare, ciò che non è penalmente vietato, e di omettere, ciò che non è penalmente comandato.

Le azioni o omissioni che rientrano in questa sfera di liceità o libertà giuridica penale, in quanto non sono, rispettivamente, nè vietate, nè comandate dal diritto penale, appaiono giuridicamente permesse o autorizzate dal diritto stesso. Permesse o autorizzate, non già nel senso che ciascuna di esse costituisca l'esercizio di un particolare diritto soggettivo, di fare e di non fare, autonomo e per sè stante, bensì nel senso che esse, nel loro complesso, costituiscono esercizio di un più generale diritto, che tutte in sè stesso le abbraccia, che è il *diritto di libertà del cittadino in materia penale. Diritto di libertà in materia penale* è, pertanto, la facoltà, che il cittadino ha, di agire nei limiti di quella sfera di attività che i precetti penali non gli impongono nè proibiscono e di impedire in essa l'indebita ingerenza degli organi del potere punitivo dello Stato. Tale diritto è un *diritto pubblico soggettivo individuale*, in primo luogo, perchè ha per base, non solo un interesse individuale (l'interesse dell'individuo alla propria libertà) ma anche un interesse sociale (l'interesse dello Stato alla tutela della libertà individuale) e, in secondo luogo, perchè è un diritto che al cittadino spetta esclusivamente in confronto dello Stato in quanto è dotato del diritto di obbedienza e del diritto di punire e si presenta quindi come rivestito della sua sovranità. Tale diritto consiste, anzitutto, in una *facultas agendi* del cittadino (soggetto attivo del diritto); la facoltà, cioè, di fare, ciò che non è vietato, e di omettere, ciò che non è comandato sotto la sanzione di una pena. A questa *facultas agendi* si accompagna, inoltre, per naturale conseguenza, la pretesa giuridica del cittadino, verso lo Stato, di non essere da esso punito fuori dei casi espressamente preveduti e determinati dai precetti della legge penale, o, che è lo stesso, di non essere dallo

Stato punito per le azioni non vietate o le omissioni non comandate dalla legge penale (art. 23 dello Statuto del Regno, art. 1 del codice penale). Corrispondentemente a questa pretesa giuridica del cittadino sta, invero, un dovere giuridico dello Stato di non invadere, con la sua attività punitiva, il campo libero di azione giuridicamente riservato al cittadino dai precetti della legge penale, il dovere giuridico dello Stato, cioè, al rispetto della libertà giuridica penale del cittadino. Mentre, dunque, da un lato, incombe al cittadino, di fronte allo Stato, l'obbligo giuridico di osservare i precetti della legge penale e quello di sottostare alla pena in caso di inosservanza, a lui spetta, d'altro canto, altresì il diritto di agire nei limiti consentitigli dalla legge penale e di non essere dallo Stato punito per le azioni o omissioni dalla legge stessa non prevedute come reati. Corrispondentemente, mentre appartiene allo Stato, di fronte al cittadino, il diritto all'osservanza dei precetti penali e il diritto di punirlo, in caso di inosservanza, incombe a lui, d'altra parte, il dovere giuridico di non punirlo per le azioni o omissioni che non siano prevedute come reati dalla legge penale. Si costituisce così nel campo del diritto penale, e in forza dei precetti del diritto medesimo, fra Stato e cittadino, non solo un *rapporto giuridico* (diritto e dovere giuridico) a dir così, *di obbedienza penale*, ma altresì, al tempo stesso, un *rapporto giuridico* (diritto e dovere giuridico) che può dirsi *di libertà penale*, nel primo dei quali lo Stato figura come soggetto attivo e il cittadino, come soggetto passivo, mentre nel secondo appare, invece, come soggetto attivo, il cittadino, come soggetto passivo, lo Stato.

Posto il concetto della liceità giuridica penale, così detta normale, possiamo trarne un corollario di qualche importanza. Poichè, dal punto di vista del diritto penale, è lecita ogni azione o omissione che non è contraria a un divieto o comando della legge penale e che costituisce, per ciò stesso, esercizio di un diritto di libertà del cittadino di fronte allo Stato (diritto subiettivo pubblico di libertà in materia penale), è evidente che ciò che unicamente si richiede perchè una azione o omissione sia penalmente lecita, è che essa non sia contraria a un precetto della legge penale. Non è necessario, perciò, che essa non sia contraria altresì a un'altra norma, di diritto privato o di diritto pubblico, diversa dai precetti penali, e che rientri così nella sfera di libertà riconosciuta al singolo rispettivamente del diritto privato o pubblico. Tanto

meno è necessario che essa sia conforme a un comando o divieto o permesso dal diritto pubblico o privato, nel senso che rappresenti l'esercizio di un diritto o l'adempimento di un obbligo giuridico, pubblico o privato. Come una azione o omissione può essere penalmente illecita e tuttavia non tale secondo altre norme del diritto pubblico o privato, senza che perciò essa costituisca meno un reato (v. *retro*, n. 149), così essa può essere penalmente lecita e tuttavia non tale secondo altre norme giuridiche pubbliche o private. Così l'inadempimento di una obbligazione contrattuale, la frode ai creditori, la seduzione, la concorrenza sleale nei traffici, la lite temeraria, ecc., mentre sono azioni giuridicamente lecite dal punto di vista del diritto penale, in quanto non sono dalla legge penale vietate, sono, invece, azioni illecite dal punto di vista del diritto privato e costituiscono i così detti *delitti meramente civili*.

166. *B) La liceità giuridica penale " eccezionale ".* — Accanto al concetto della liceità giuridica penale, che abbiamo detto " *normale* ", va posto il concetto della liceità giuridica penale che può dirsi " *eccezionale* ". Una azione è eccezionalmente lecita, dal punto di vista del diritto penale, allorchè essa è, *per regola*, nella generalità dei casi, vietata da un precetto della legge penale, ma *per eccezione*, in determinate o particolari circostanze, viene, tuttavia, imposta o autorizzata da un'altra norma giuridica. Così che *due condizioni* concorrono a costituire il concetto della liceità giuridica penale *eccezionale*, e cioè: 1° l'esistenza di un precetto della legge penale che normalmente, nella generalità dei casi, vieta una determinata azione o comanda una determinata omissione sotto sanzione di una pena; 2° l'esistenza di una norma giuridica che eccezionalmente, in talune particolari circostanze, comanda l'azione normalmente vietata, o vieta l'omissione normalmente comandata o altrimenti permette (ovvero semplicemente non vieta o non comanda penalmente) l'azione o omissione di regola vietata o comandata dalla legge penale.

La prima condizione (sub 1) è quella che distingue la *liceità giuridica penale* che chiamiamo " *eccezionale* " dalla *liceità giuridica penale* che abbiamo detto " *normale* ", la quale, come si è visto, esige, tutt'all'opposto, l'esistenza di un'azione o omissione che non sia in alcun modo contraria a un qualsiasi precetto penalmente san-

zionato. Così, mentre il *suicidio* è, ad esempio, un'*azione normalmente lecita dal punto di vista del diritto penale*, in quanto non è contraria al divieto dell'art. 364 del cod. pen., e a nessun altro divieto della legge penale, — l'*omicidio* è, per contro, un'*azione di regola penalmente illecita*, in quanto è contraria appunto al divieto dell'art. 364 del c. p., ma *per eccezione penalmente lecita*, in quanto, in particolari circostanze, viene imposto (esempio: esecuzione di una condanna alla pena di morte) ovvero consentito (esempio: uccisione compiuta in istato di legittima difesa) da una norma giuridica (art. 49, n. 1 e 2 c. p.). La seconda condizione (sub 2) è quella che distingue la liceità giuridica penale " *eccezionale* „ dalla *illiceità giuridica penale*, la quale, come si è visto, esige, non soltanto che l'azione o omissione sia contraria a un precetto penalmente sanzionato, ma altresì che essa non sia conforme ad alcuna altra norma giuridica (comando, divieto, permesso). Così, per riprendere un esempio già fatto, mentre l'uccisione compiuta in obbedienza alla legge o a un ordine legalmente dato della autorità competente, ovvero in stato di necessità o di legittima difesa, è *un'azione eccezionalmente lecita dal punto di vista del diritto penale*, è invece *un'azione penalmente illecita*, e cioè un delitto di *omicidio* (art. 364 c. p.) l'uccisione in cui queste (e altre) circostanze giustificatrici non ricorrono.

Di queste due condizioni di esistenza della liceità giuridica penale " *eccezionale* „, la prima (sub 1) non ha bisogno di ulteriori chiarimenti, dopo quanto di essa si disse a suo tempo (§§ 1 e 2 di questo capitolo). Giova, invece, più particolarmente discorrere della seconda condizione (sub 2).

167. Si disse già che scopo supremo del diritto penale è l'assicurazione della vita degli uomini in società; che, perchè tale scopo possa esser raggiunto, occorre siano risolti i conflitti di interessi, di volontà e di azioni che insorgono fra i singoli soggetti, individuali e collettivi, nei rapporti reciproci della vita associata, ciò che si ottiene coordinando gli interessi e la libertà di ognuno con gli interessi e la libertà degli altri; che tale coordinazione si risolve, per necessità, in una limitazione degli interessi e della libertà di agire di ognuno in omaggio agli interessi e alla libertà di agire degli altri; che il criterio regolatore di questa reciproca limitazione di interessi e di libertà è dato dalla necessità di esi-

stenza della società, onde ne risulta una separazione fra gl'interessi, le volontà e le azioni conformi, e quelli contrari, alle condizioni di esistenza della società; che tale separazione si effettua, appunto, per mezzo dei comandi o divieti penalmente sanzionati; che gli interessi, le volontà e le azioni conformi, ovvero contrari, alle condizioni di vita della società divengono, per tal modo, rispettivamente conformi o contrari ai precetti penali, cioè, rispettivamente leciti o illeciti dal punto di vista del diritto penale, epperò rispettivamente tutelati, o combattuti, mediante le sanzioni proprie del diritto penale (retro, n. 137). Se non che, la delimitazione di confini, anche la più previdente e scrupolosa, fra il campo dell'illecito e quello del lecito penale, non può, per sè sola, essere atta ad eliminare completamente tutti i possibili conflitti di interessi, di volontà e di azioni fra i soggetti individuali o collettivi che vivono in società. I precetti penali, invero, hanno riguardo *alla generalità dei casi, al " quod plerumque accidit "*. Ma possono darsi *circostanze particolari* le quali fanno sì *che fra gli stessi interessi che il diritto penale tutela, o fra questi ed altri interessi, anch'essi giuridicamente tutelati da altri rami del diritto*, e quindi fra le volontà e le azioni giuridicamente lecite, che tendono a soddisfarli, altri conflitti sorgano, in forza dei quali, la soddisfazione di un interesse giuridicamente tutelato non sia possibile, senza la restrizione o il sacrificio di un altro interesse, anch'esso giuridicamente tutelato.

Per dirimere tali conflitti, non più di meri interessi, ma di *interessi giuridici*, non più di mere volontà, ma di volontà *giuridicamente autorizzate* (*diritti soggettivi*), non più di mere azioni, ma di *azioni giuridicamente lecite* (cioè costituenti *esercizio di diritti soggettivi*), occorre, allora, un nuovo intervento del legislatore. Il criterio atto a risolverli è sempre quello che è dato dalla necessità di esistenza della società giuridicamente organizzata. Le esigenze della vita in comune, che l'ordinamento giuridico ha il dovere di assicurare, domandano, invero, che, allorquando un interesse giuridico non possa essere soddisfatto senza il sacrificio o la restrizione di un altro interesse giuridico, l'interesse socialmente meno importante ceda il posto all'interesse socialmente più importante. Esse impongono, cioè, che fra due interessi giuridici in conflitto, quello venga sacrificato o ristretto, la cui insoddisfazione importi un minor danno all'esistenza della società giuridicamente organiz-

zata. Ne risulta che la lesione o la minaccia di un interesse, di regola giuridicamente tutelato dai precetti del diritto penale, può essere eccezionalmente consentita od imposta, allorchè, per particolari circostanze, essa costituisce l'unico e indispensabile mezzo per il soddisfacimento di un altro interesse, anch'esso giuridicamente tutelato e la cui tutela ha, anzi, per l'esistenza della società giuridicamente organizzata, un valore maggiore della tutela dell'interesse leso o minacciato. L'azione o omissione, normalmente contraria alle condizioni di esistenza della società, epperò di regola penalmente illecita, diventa, allora, eccezionalmente conforme alle condizioni stesse, epperò per eccezione penalmente lecita. Così lo Stato, punendo, colpisce il delinquente in un bene (vita, libertà, onore, patrimonio) che il diritto penale normalmente tutela e difende, così, la stessa esistenza della società giuridicamente organizzata. Ugualmente colui che, in stato di legittima difesa, offende un interesse altrui penalmente tutelato, allontana un pericolo di offesa ad un bene, proprio o altrui, la cui tutela ha, per la società, una importanza maggiore della tutela dell'interesse dell'offensore, e compie così un'azione conforme alle condizioni della vita sociale. Così pure colui che, in stato di necessità, offende un interesse altrui penalmente tutelato, salva da un pericolo, da lui non causato e che non poteva altrimenti evitare, un bene proprio o altrui, la cui tutela, anche a scapito di quell'interesse, è imposta dalla necessità di esistenza della società giuridicamente organizzata. Come la pena, così l'azione compiuta in stato di legittima difesa o in stato di necessità, consiste nel sacrificio o nella restrizione di un interesse altrui, socialmente meno importante, imposto dalla necessità di evitare il sacrificio o la restrizione di un proprio o altrui interesse, socialmente più importante, o rappresenta così, fra due mali, il male minore per l'esistenza della società giuridicamente organizzata.

168. Da ciò si comprende che le lesioni o le minaccie d'interessi penalmente tutelati, cioè le azioni o omissioni dannose o pericolose, vietate dalla legge penale, non sono sempre e in ogni caso reati. La legge, in circostanze particolari, stabilisce *eccezioni* (Es. art. 49 c. p.). Allorchè la legge eccezionalmente impone o autorizza la lesione o la minaccia di un interesse, la quale costituisce generalmente un reato, la lesione o la minaccia

stessa perde il carattere di reato, giacchè ciò che la legge comanda o permette, essendo giuridicamente lecito, non può, per la contraddizione stessa che nol consente, essere in pari tempo giuridicamente illecito e quindi neanche penalmente illecito. Poichè, come si disse, la norma giuridica *speciale* deroga alla norma *generale* con cui si trova in antitesi (retro, n. 163), così i precetti penali cessano di aver vigore relativamente alle azioni o omissioni offensive di beni e interessi penalmente protetti, che la legge particolarmente, in via eccezionale, comanda o permette.

I precetti, cioè i comandi o divieti, penalmente sanzionati, non sono, dunque, come pur taluno ha creduto (v. retro n. 130, sub II), regole giuridiche assolute, valevoli incondizionatamente e in ogni circostanza, ma sono, invece, regole relative, valevoli sotto condizioni e in circostanze determinate; non sono, in altri termini, regole inderogabili, ma, invece, regole che ammettono eccezioni. Ogni regola giuridica, invero, è regola con eccezioni. Anzi, poichè " regola " ed " eccezione " non sono che mere idee di rapporti, una stessa norma giuridica (e così pure un precetto penale) che è regola di fronte a un'altra norma giuridica, può apparire come eccezione di fronte a una terza. Ma poichè i precetti penali, al pari di ogni altra norma giuridica, sono regole che consentono eccezioni, è evidente che il giudice penale, deve non soltanto accertare la ricorrenza, nel singolo caso, degli elementi costitutivi, secondo la legge, di un determinato reato; ma deve altresì indagare se il precetto legislativo, che quel reato prevede, valga anche per il caso particolare, o se questo rientri, invece, fra quei casi che costituiscono eccezioni alla regola generale contenuta nel precetto medesimo. Nella prima ipotesi, il giudice afferma l'esistenza del reato e conseguentemente condanna l'imputato: nella seconda ipotesi, nega l'esistenza del reato e conseguentemente proscioglie l'imputato dichiarando " non farsi luogo a procedere " per " inesistenza di reato ".

Le eccezioni, a cui vanno soggetti i precetti penalmente sanzionati, possono essere *generali*, comuni, cioè, a tutti i precetti penali (es. conformità alla legge o a un ordine dell'autorità competente, legittima difesa, stato di necessità (art. 49 c. p.) o *speciali*, particolari, cioè, a uno o più precetti penali (es. diritto di resistenza, art. 192, 199 c. p.). In ogni caso, come la regola è data da una norma giuridica, che è il precetto penale, così anche l'ec-

cezione è posta mediante un'altra norma giuridica. I precetti penali, in quanto sono regole che ammettono eccezioni, possono dirsi norme (penali) *positive* (imperative o proibitive). Le norme giuridiche che portano eccezioni ai precetti penali, in quanto ne rappresentano la negazione, totale o parziale, possono dirsi, per contrapposto, norme *negative* (penali o non penali). *Norme negative* o *eccezionali* nel campo del diritto penale, sono, pertanto, quelle norme giuridiche che negano, in tutto o in parte, l'applicabilità a certi particolari stati di fatto, dei comandi o divieti penalmente sanzionati (norme penali positive).

169. Considerate in rapporto ai precetti penalmente sanzionati, di cui sono la negazione, totale o parziale, o, più brevemente, l'eccezione, *le norme negative dei precetti penali* (norme eccezionali) possono rappresentarsi:

a) *come norme negative imperative*;
b) *come norme negative proibitive*;
c) *come norme negative permissive*.

a) Sono norme negative *imperative* quelle che *eccezionalmente comandano* un'azione *normalmente vietata* da un precetto penale. L'azione, di regola vietata da un precetto della legge penale, appare qui eccezionalmente imposta da un'altra norma giuridica e quindi come *l'adempimento di un obbligo o dovere giuridico* (obbligo giuridico di fare).

b) Sono norme negative *proibitive* quelle che *eccezionalmente vietano* un'azione che è *normalmente comandata* da un precetto penale. L'azione, di regola imposta da un precetto della legge penale, appare qui eccezionalmente vietata da un'altra norma giuridica, e quindi sempre come *l'adempimento di un obbligo o dovere giuridico* (di non fare, di omettere).

c) Sono norme negative *permissive* quelle che *eccezionalmente permettono* un'azione che di regola è *penalmente vietata* o un'omissione che di regola è *penalmente comandata*. L'azione, di regola vietata, o l'omissione, di regola comandata, da un precetto della legge penale, appare qui eccezionalmente permessa, cioè consentita o autorizzata, da un'altra norma giuridica e quindi come *l'esercizio di un diritto soggettivo* vero e proprio (*facultas agendi vel omittendi*).

Valga come esempio della prima specie (da cui la seconda so-

stanzialmente non differisce) l'esecuzione di una pena capitale; come esempio della terza specie, l'omicidio in stato di legittima difesa. L'uccisione volontaria di un uomo, che di regola è penalmente vietata e costituisce il delitto di omicidio (art. 364 c. p.), è, eccezionalmente, nel primo dei due casi, giuridicamente imposta, nel secondo, giuridicamente autorizzata, e costituisce rispettivamente l'adempimento di un obbligo giuridico (dovere giuridico pubblico di punire degli organi della esecuzione penale) ovvero l'esercizio di un diritto soggettivo dell'agente (diritto di difesa del cittadino).

d) Ma vi possono essere norme giuridiche, che pur sono *negative dei precetti penali* (norme negative consistenti in *non divieti*, norme negative *non proibitive*, o norme negative pure e semplici), le quali, non comandano, nè vietano e neppure, in senso proprio, permettono eccezionalmente ciò che di regola è vietato o comandato da un precetto penale, ma solo eccezionalmente *comandano di non punire, cioè vietano eccezionalmente di punire* un'azione che, di regola, è punibile, e quindi, penalmente vietata. L'azione, di regola punibile, epperò penalmente vietata, appare qui per eccezione non punibile, epperò non penalmente vietata. E poichè penalmente vietato significa penalmente illecito, e penalmente non vietato significa penalmente lecito, potremo dire che si ha qui un'azione di regola penalmente illecita e per eccezione penalmente lecita. Appunto perchè penalmente lecita, tale azione è anche essa un'azione giuridicamente autorizzata o permessa, ma solo nel senso che essa è giuridicamente libera dal punto di vista del diritto penale e costituisce, perciò, bensì esercizio di un diritto, ma non di un diritto particolare ed autonomo (come sarebbe ad es. il diritto di difesa), ma, invece, esercizio del generale diritto soggettivo pubblico di libertà che, in materia penale, spetta al cittadino di fronte allo Stato (v. *retro*, n. 165). Valga, come esempio di questa specie, l'omicidio commesso in stato di necessità; il quale non è un'azione nè eccezionalmente comandata, nè eccezionalmente autorizzata, non è nè adempimento di un dovere giuridico, nè un esercizio di un diritto soggettivo eccezionale (c. d. diritto di necessità), ma è, invece, soltanto un'azione eccezionalmente non punibile, epperò non penalmente vietata e quindi ancora penalmente lecita nel senso che è libera e costituisce perciò esercizio del diritto di libertà penale del cittadino

verso lo Stato (facoltà giuridica di fare ciò che la legge penale non vieta e di non essere dallo Stato punito fuori dei casi dalla legge stessa stabiliti).

Concludendo: *a)* Poichè le norme eccezionali derogano alle norme generali con cui si trovano in antitesi, le norme negative dei precetti penali escludono l'esistenza e l'applicabilità dei precetti stessi, e quindi degli obblighi giuridici che ne discendono, nei casi ai quali le norme in parola si riferiscono. *b)* Per conseguenza, le azioni o omissioni normalmente contrarie ai precetti e agli obblighi giuridici penali, cioè di regola penalmente illecite, cessano eccezionalmente di esser tali, e diventano per eccezione penalmente lecite, in quanto sono conformi ad altre norme giuridiche aventi carattere di norme negative o eccezionali di fronte ai precetti penali. *c)* Queste azioni per eccezione penalmente lecite possono esserlo in due modi e sotto due aspetti: 1° nel senso che esse sono *azioni conformi a un comando o un divieto* e quindi a un *obbligo giuridico* (giuridicamente obbligatorie, che costituiscono, cioè, adempimento di un obbligo giuridico di fare o di omettere). Anche le azioni giuridicamente obbligatorie possono, infatti, dirsi giuridicamente lecite, in quanto si ha facoltà di fare o non fare anche ciò che si è giuridicamente obbligati a fare, o a non fare; 2° nel senso che esse: *a)* sono *azioni conformi a un permesso o a una autorizzazione giuridica* e quindi a una facoltà o potere giuridico (giuridicamente autorizzate o permesse) e costituiscono, perciò, esercizio di un diritto soggettivo particolare ed autonomo; ovvero: *b)* sono azioni non punibili, e quindi non vietate penalmente, e quindi ancora giuridicamente libere dal punto di vista del diritto penale, cioè costituenti esercizio del generale diritto soggettivo pubblico di libertà in materia penale.

170. Da quanto si è innanzi detto si comprende come alla negazione di un precetto penale, da parte di un'altra norma giuridica, si possa giungere per due vie: *a)* o negando l'applicabilità, al caso concreto, del comando o divieto penalmente sanzionato (ciò che avviene quando eccezionalmente si comanda o si permette l'azione normalmente vietata sotto sanzione penale), ovvero: *b)* negando l'applicabilità, al caso concreto, della sanzione penale e, per conseguenza, l'applicabilità al caso stesso del comando o divieto penalmente sanzionato (ciò che avviene quando eccezionalmente si vieta

di punire un'azione normalmente punibile). Le norme negative della prima specie possono dirsi norme *direttamente negative del precetto penale*. Le norme negative della seconda specie possono dirsi norme *indirettamente negative del precetto penale*. Queste ultime sono, come si comprende, norme che negano direttamente la sanzione penale e indirettamente il precetto penale, cioè, norme negative della sanzione penale. Ma sono soltanto una particolare categoria delle *norme negative della sanzione penale*, e precisamente, quelle che hanno carattere " *proibitivo* ", appunto perchè consistono in un " divieto " (*divieto di punire*). Non tutte, invero, le norme negative della sanzione penale sono, al tempo stesso, norme indirettamente negative del precetto penale. Così le norme che *eccezionalmente permettono di non punire* (o di punire più mitemente) una azione di regola punibile (o più gravemente punibile), cioè le norme negative della sanzione penale che hanno carattere " *permissivo* " non sono affatto norme negative, al tempo stesso, del precetto penale. Così non sono norme, neppure indirettamente, negative del precetto penale quelle norme negative della sanzione penale che dichiarano il comando di punire annesso ad un determinato fatto, violatore di un precetto penale, *dover venire meno* in tutto o in parte, temporaneamente o permanentemente, al verificarsi di un altro fatto, cioè quelle norme negative della sanzione penale che determinano *le cause modificatrici* (particolarmente sospensive) *o estintive del diritto di punire*. Viceversa tutte le norme direttamente negative del precetto penale sono altresì, per naturale conseguenza, indirettamente negative della sanzione penale. Non è infatti concepibile una norma che eccezionalmente imponga o autorizzi una azione di regola penalmente vietata, la quale non importi, come conseguenza, il divieto di punire chi la commetterà. Così la norma giuridica che permette all'aggredito di difendere sè o altri (art. 49 n. 2 cod. pen.) è, in pari tempo, un divieto di punire e quindi un comando di prosciogliere colui che, in istato di legittima difesa, commise un fatto lesivo della vita e della integrità personale altrui: divieto o comando rivolto agli organi dello Stato, in particolar modo ai giudici penali.

171. Si è detto che le norme negative del precetto penale sono *comandi* o *divieti* ovvero *permessi*, e, come tali, creano, nel primo caso, un obbligo giuridico di fare o di non fare, nel secondo,

un diritto soggettivo di agire o di non agire. Ma poichè ogni comando o divieto, rivolto a un soggetto, è, al tempo stesso, un permesso per un altro soggetto, e viceversa; poichè, per conseguenza, ad ogni obbligo di un soggetto corrisponde un diritto di un altro soggetto e reciprocamente: ne risulta che le norme giuridiche negative dei precetti penali, sono, da un lato, comandi o divieti e, dall'altro, permessi, ovvero, da un lato, permessi, e, dall'altro, comandi o divieti; e, per conseguenza, da una parte creano obblighi, e dall'altra diritti, ovvero, da una parte diritti, e dall'altra obblighi. Così, per mantenere un esempio già fatto, la norma giuridica (art. 49 n. 2 c. p.) che permette all'aggredito di difendere se stesso, e gli conferisce così un diritto di difesa, è, al tempo stesso, un comando all'aggressore e ai terzi, di tollerare l'esercizio di quel diritto di difesa, cioè un divieto di resistere all'esercizio del diritto di difesa, e, come tale, crea un obbligo giuridico al rispetto del diritto medesimo; onde ne segue l'illiceità giuridica della reazione difensiva dell'aggressore contro la legittima difesa dell'aggredito e l'illiceità giuridica dell'impedimento frapposto dal terzo all'esercizio del diritto di difesa dell'aggredito.

172. Le norme negative dei precetti penali possono essere contenute, non solo nella legge penale, ma anche in altre leggi, per esempio nelle leggi civili, commerciali, amministrative, processuali (civili e penali). L'art. 49 n. 1 del codice penale stabilisce, infatti, non essere punibile colui che ha commesso il fatto, altrimenti costituente reato, " *per disposizione della legge* ", intendendo per legge non solo, anzi non tanto, la *legge penale* (la menzione della quale nella legge stessa sarebbe stata evidentemente superflua), ma anche, anzi, sopra tutto, *ogni altra legge*, che non sia la legge penale. Pertanto le norme negative dei precetti penali possono essere: *a) norme negative di diritto penale*; *b) norme negative di diritto privato o pubblico*, non penale, e per conseguenza le eccezioni ai precetti penali possono essere: *a)* eccezioni desunte dallo stesso diritto penale (esempio: legittima difesa, stato di necessità, art. 49 nn. 2 e 3 c. p.) e *b)* eccezioni desunte da altri rami del diritto pubblico o privato. A queste appartengono, ad esempio, il diritto di educazione o di correzione del padre verso i figli, del maestro verso gli allievi, l'autodifesa privata, nei casi

in cui è consentita dal diritto privato (in ispecie il diritto di ritenzione); il potere disciplinare pertinente allo Stato e agli enti pubblici, in genere, verso i loro funzionari, alle associazioni di diritto pubblico o privato verso i loro membri: il diritto di arresto in flagranza di reato spettante ad ogni cittadino come tale, l'obbligo giuridico del rapporto e del referto: il dovere giuridico della testimonianza nei processi civili o penali; gli obblighi, spettanti ai funzionari dello Stato, di esecuzione forzata, di arresto, di perquisizione domiciliare, di esecuzione dei giudicati penali: il diritto e l'obbligo, di usare le armi, in tempo di guerra o di pace, spettante ai militari, ai funzionari di P. S., a quelli delle Amministrazioni finanziarie, penitenziarie, ecc., e via dicendo.

Perchè una norma di diritto privato o pubblico, non penale, possa eccezionalmente escludere la normale illiceità giuridica penale di una azione, rendere, cioè, l'azione stessa per eccezione penalmente lecita, non basta, però, che questa azione sia da quella norma soltanto *non vietata* che è quanto dire *giuridicamente libera* dal punto di vista del diritto privato o pubblico, che rappresenti, cioè, semplicemente l'esercizio di un diritto soggettivo, privato o pubblico, di libertà. Occorre, invece, che l'azione stessa sia da una norma di diritto privato o pubblico particolarmente *imposta* o *autorizzata*, che rappresenti, cioè, l'adempimento di un particolare obbligo giuridico o l'esercizio di un particolare diritto soggettivo, pubblico o privato. Nel primo caso, infatti, non esiste, ma invece manca una " disposizione di legge "; e l'azione non può dirsi compiuta per disposizione della legge, cioè *secundum legem*, ma deve dirsi, invece, compiuta *extra* o *praeter legem*, sebbene non *contra legem*.

Mentre la illiceità giuridica penale di un'azione — che è quanto dire il suo carattere di reato — non può, come si disse, essere dato se non dalla sua *contrarietà a un precetto della legge penale* e non già dalla sua contrarietà ad altre norme giuridiche private o pubbliche (*retro*, n. 149); mentre la liceità giuridica penale normale di una azione o omissione — cioè il suo carattere di fatto non costituente, per regola, reato — non può, come pure si è detto, esser dato se non dalla sua *non contrarietà a un precetto della legge penale*, e non già dalla sua conformità a un'altra norma giuridica privata o pubblica (*retro*, n. 165); per contro, la *esclusione della illiceità giuridica penale di una azione*, cioè la sua *ecce-*

zionale liceità giuridica penale può, dunque, per espressa volontà della legge (art. 49 n. 1 c. p.), esser data, non soltanto dalla conformità della azione stessa a una *norma eccezionale di diritto penale*, ma altresì dalla sua conformità a una *qualsiasi altra norma di diritto pubblico o privato* che, di fronte a un precetto della legge penale, si presenti come una norma *negativa* o *eccezionale*.

Ma come avviene che un fatto, preveduto come reato dalla legge penale, possa cessare di esser tale in virtù di una disposizione di legge *non penale*, che l'imponga o autorizzi (art. 49 n. 1. c. p.), quando, invece, ciò che dà a un fatto il carattere, di reato, — o di non reato, — è unicamente la sua contrarietà — o non contrarietà — a un precetto della legge penale (art. 1 cod. pen.) e non già anche la sua contrarietà, o non contrarietà, ad altre leggi, diverse dalla legge penale? La spiegazione è assai semplice. La norma che dichiara non punibile colui che ha commesso il fatto per disposizione di un'altra legge, diversa dalla legge penale (art. 49 n. 1 cod. pen.), *vale esclusivamente per quei fatti che sono ad un tempo reati, cioè fatti penalmente illeciti e torti giuridici privati o pubblici, cioè fatti illeciti secondo altre norme di diritto privato o pubblico*. Ma non vale già — come è naturale — per quei fatti che sono illeciti penalmente e, tuttavia, non illeciti. secondo le altre norme del diritto privato o pubblico, e, tanto meno, per quei fatti che sono illeciti secondo le altre norme del diritto privato o pubblico, ma tuttavia non illeciti penalmente.

Nell'ultimo caso, invero, il fatto non costituendo reato, non si può parlare di esclusione in esso del carattere di reato per la sua conformità a una disposizione di legge non penale. Nel primo caso, il fatto essendo illecito unicamente secondo la legge penale, può cessare di esser tale unicamente in base a una disposizione della legge penale. Chè se un fatto sia, ad un tempo, un reato e un torto giuridico privato o pubblico, non può far meraviglia che la esclusione in esso del carattere di torto privato o pubblico porti con sè anche la esclusione del carattere di reato. Poichè, infatti, l'ordinamento giuridico, nelle varie parti che lo costituiscono, non può, come si disse (*retro*, n. 163), porsi in contraddizione con sè medesimo; è naturale che ciò che è giuridicamente imposto o consentito da un'altra norma giuridica, di diritto privato o pubblico, e costituisce perciò adempimento di un obbligo giuridico o esercizio di un diritto soggettivo privato o pubblico, non possa, al tempo stesso, essere vie-

tato dalla legge penale e costituire violazione di un obbligo giuridico penalmente imposto.

La disposizione del codice penale (art. 49 n. 1) che dichiara non punibile colui che ha commesso il fatto per disposizione di una legge, che non è la legge penale, in tanto ha, anzi, una ragione di essere, in quanto da un lato esistono reati che sono altresì torti giùridici privati o pubblici, e, dall'altro, esistono reati che non sono torti giuridici privati o pubblici, e torti giuridici privati o pubblici che non sono reati. Chè se tutti i reati non fossero mai o fossero sempre ad un tempo fatti illeciti di diritto privato o di diritto pubblico, quella disposizione sarebbe evidentemente superflua. E tale apparve infatti a coloro che partirono da quest'ultimo falso principio (33).

In virtù dell'articolo 49 n. 1 del codice penale, pertanto, ogni norma di diritto privato o pubblico, sia imperativa, sia permissiva, la quale rappresenti *una eccezione di fronte a un'altra norma di diritto* privato o pubblico, proibitiva di un fatto determinato (fatto illecito), assume il valore di *norma negativa o eccezionale* pur di fronte al *divieto* di quel fatto contenuto nella legge penale.

173. Le norme negative dei precetti penali non possono essere che “ leggi „ (penali o non penali) (art. 49 n. 1 cod. p.), intendendosi per tali non solo le “ leggi „ in senso stretto (leggi materiali e formali insieme), cioè le norme giuridiche approvate dalle due Camere e sanzionate dal Re (organi del potere legislativo), ma tutte le leggi in genere (leggi in ampio senso) e quindi anche: *a)* le *leggi formali*, cioè, gli atti del potere legislativo che non costituiscono norme giuridiche (es., atti amministrativi, regolanti cioè l'attività dello Stato, compiuti dal Parlamento; atti del potere legislativo che regolano un caso concreto, come le leggi che ammettono una industria, che autorizzano l'esistenza di un ordine di mendicità, che permettono una lotteria, ecc.); *b)* le *leggi materiali*, cioè le norme giuridiche che non sono emanate dal potere legislativo, bensì dal potere esecutivo dello Stato entro i limiti e le condizioni stabilite dallo Statuto del Regno e dai principî ge-

(33) Vedi ad es. Relazione ministeriale sul prog. del 1887, n. XLVII; Alimena *Principî di diritto penale*, Napoli, 1910, vol. I, p. 534.

nerali di diritto pubblico; e, come tali: *A)* le norme giuridiche contenute nei *regolamenti* (siano essi *di pura esecuzione*, o *delegati*, o *indipendenti*); *B)* le norme giuridiche contenute nei *decreti-legge* emessi dal potere esecutivo previa espressa delegazione legislativa o per arbitraria assunzione del potere legislativo; *C)* le norme giuridiche contenute nei *trattati internazionali* conclusi dal Re come capo del potere esecutivo e tramutati in diritto interno o mediante legge esecutiva del trattato o mediante decreto del potere esecutivo o mediante la pubblicazione, in forma di leggi, dei trattati stessi.

Invece ogni norma giuridica che non abbia carattere di legge, nel più ampio senso di questa parola, che non appartenga, cioè, allo *ius scriptum*, non ha valore di escludere l'esistenza e l'applicabilità di un divieto o comando penalmente sanzionato. La *consuetudine*, pertanto, non potrebbe portare *eccezioni* ai precetti della legge penale imponendo o autorizzando ciò che è vietato dalla legge penale.

In conclusione, per poter procedere alla distinzione delle azioni penalmente illecite, dalle azioni per eccezione penalmente lecite, si deve aver riguardo a tutto il complesso della legislazione vigente nello Stato: così che ogni norma giuridica, non consuetudinaria, la quale ordini o permetta una azione o omissione dannosa o pericolosa a un interesse altrui, giuridicamente protetto dalla legge penale, esclude in essa il carattere di reato e la rende per eccezione giuridicamente lecita, dal punto di vista del diritto penale.

174. Le circostanze in virtù delle quali la lesione o la minaccia di un interesse penalmente protetto diventa, per eccezione, penalmente lecita (cause di esclusione della illiceità giuridica penale, cause di giustificazione del reato) non sono che in minima parte prevedute nella legge penale. Quelle che hanno carattere di eccezioni generali, e cioè la conformità del fatto a un ordine, legalmente dato, della autorità competente, la legittima difesa e lo stato di necessità sono enunciate, bensì, nel codice penale (art. 49 c. p.), ma non sono neanch'esse determinate e definite in modo del tutto esauriente. Altre, aventi carattere di eccezioni particolari, si trovano indicate nella parte speciale del codice stesso. Un maggior numero di eccezioni ai precetti penali, aventi carattere

di eccezioni speciali, si desumono dalle altre leggi di diritto privato o pubblico, a cui, come si è visto, la legge penale si richiama (art. 49 n. 1 c. p.). Ma anche in queste non sempre è dato trovare una espressa e precisa disposizione di legge in base alla quale sia possibile decidere se, nel caso concreto, l'agente avesse, o no, eccezionalmente il diritto o l'obbligo di fare ciò che la legge penale normalmente vieta sotto sanzione penale. Si domanda, allora. È possibile, e in qual modo, colmare le numerose lacune che presenta la regolamentazione, da parte del diritto positivo, delle cause di giustificazione? Per risolvere tale questione occorre anzitutto distinguere due ipotesi ben diverse tra loro.

a) Può darsi in primo luogo, che esista, bensì, una disposizione di legge la quale in casi particolari eccezionalmente ordini e permetta la lesione o la minaccia di un interesse di regola penalmente protetto; ma il caso in questione non rientra nella *parola*, bensì soltanto nel *senso* della disposizione di legge (Esempî: è legittima la difesa di beni personali diversi dalla vita o dalla integrità corporale (libertà personale, pudore, onore)? o di beni diversi dai personali (beni patrimoniali)? — È legittima la difesa contro il pericolo di una offesa non avente carattere di violenza nel senso letterale della parola?).

b) Può darsi, in secondo luogo, che manchi assolutamente una qualsiasi disposizione di legge la quale, nel caso in questione, ordini o permetta eccezionalmente la lesione o la minaccia di un interesse di regola penalmente protetto (Esempî: Sono giuridicamente lecite le lesioni della integrità corporale o le restrizioni della libertà personale compiute da medici, o non medici, allo scopo di procurare la guarigione o di stabilire la diagnosi di una malattia, o altrimenti di migliorare esteticamente il corpo dell'uomo? È lecita la provocazione di un parto anticipato o la distruzione del feto nelle viscere materne, allo scopo di conservare la vita della madre? Sono lecite le lesioni personali commesse nei giuochi sportivi con l'osservanza delle regole del giuoco? Sono lecite le vivisezioni per scopi scientifici? Le esperienze scientifiche su l'uomo vivente?).

a) Nella prima ipotesi, non è evidentemente a parlare di lacuna della legge. Qui, infatti, esiste una espressa e precisa disposizione di legge che eccezionalmente impone o autorizza l'azione

normalmente vietata dalla legge penale; solo che in essa il legislatore *minus dixit quam voluit.* Soccorre, allora, *l'interpretazione estensiva della legge*, mediante la quale è possibile, appunto, estendere la *parola* della disposizione di legge in questione sino a farle comprendere il caso da essa letteralmente non previsto, ma che il legislatore volle tuttavia prevedere. Nè all'ammissibilità, in questa ipotesi, di una interpretazione estensiva, osta in alcun modo il divieto, contenuto nell'art. 4 delle disposizioni preliminari al codice civile, di " estendere, oltre i casi in esse espressi, le leggi che formano eccezioni alle regole generali e ad altre leggi ". Perchè, a parte la considerazione che le norme negative dei precetti penali non sono, come ora si vedrà, *norme di diritto eccezionale* nel senso del citato articolo 4, è certo che il divieto, in tale articolo contenuto, deve intendersi esclusivamente *come divieto di ricorso all'analogia*, non già come *divieto di interpretazione estensiva*, indubbiamente ammissibile, anche in tema di disposizioni eccezionali.

b) Vera e propria lacuna legislativa si ha, invece, allorquando manchi assolutamente una qualsiasi disposizione di legge, la quale eccezionalmente ordini o permetta, nel caso in questione, l'azione normalmente vietata dalla legge penale. In tale ipotesi sorge, appunto, la questione: è possibile estendere al caso non preveduto, una disposizione di legge che, in un caso diverso, ma simile a quello controverso, o in materia diversa, ma analoga a quella in cui rientra il caso controverso, comanda o autorizza eccezionalmente una azione di regola penalmente vietata? O si dovrà, invece, ritenere che, appunto perchè manca una espressa disposizione di legge la quale, nel caso in questione, eccezionalmente comandi o autorizzi una azione di regola penalmente vietata, il caso stesso rientri fra quelli per cui vale la regola generale, e cioè il divieto penalmente sanzionato? In altri termini, e più in generale: può il giudice, ricorrendo alla *analogia* (analogia di legge o di diritto) ovvero ai *principî generali del diritto positivo* (art. 3, D. P. al codice civ.), portare ai precetti penalmente sanzionati *eccezioni* non espressamente prevedute dalla legge e colmare così le *lacune* che presenta la regolamentazione legislativa delle cause di giustificazione del reato? Oppure deve egli, di fronte alle disposizioni di legge che portano eccezioni ai precetti penali, far uso dell'*argumentum a contrario* per cui *exceptio firmat regulam in casibus non exceptis*?

La risoluzione di tale questione dipende, come ognun vede, dalla risoluzione di una questione più alta, che è quella di vedere quale sia la natura delle disposizioni di legge che portano eccezione ai precetti penalmente sanzionati: se, cioè, esse siano *disposizioni di diritto comune* ovvero *disposizioni di diritto eccezionale*. Nel primo caso, infatti, l'uso dell'*analogia* e dei *principî generali del diritto*, sarà, evidentemente ammissibile (art. 3, D. P. al cod. civ.); nel secondo caso, invece, esso dovrà esser proscritto in base al disposto dell'art. 4 delle Disposizioni preliminari al cod. civ., che vieta, come si è visto, di estendere oltre i casi in esse espressi le leggi che formano eccezioni alle regole generali e ad altre leggi (divieto di ricorso all'analogia e ai principî generali del diritto).

Noi non esitiamo ad affermare che le norme negative dei precetti penali *non sono*, in alcun modo, *norme di diritto eccezionale*. Non è, infatti, possibile dubitare che i *precetti penali*, appunto perchè penali, siano *norme giuridiche eccezionali*, nel senso ampio di questa espressione, siano, anzi, a dir così, le *norme eccezionali* per eccellenza: lo stesso articolo 4 delle Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione e applicazione delle leggi in generale, enumerando le leggi che è vietato di estendere oltre i casi in esse espressi, cioè le leggi di carattere eccezionale, pone, infatti, in prima linea, le *leggi penali*, e, in seconda linea, *quelle che restringono il libero esercizio dei diritti e formano eccezioni alle regole generali e ad altre leggi* (leggi eccezionali in senso stretto). Ma se i precetti penalmente sanzionati sono, *essi stessi*, *norme eccezionali*, è evidente che *eccezionali* non possono essere, in pari tempo, le norme negative dei precetti medesimi. Queste, infatti, come tali, rappresentano *l'eccezione dell'eccezione*; ora *l'eccezione dell'eccezione* non è che la regola, come la negazione di una negazione non è che una affermazione. Si può, dunque, sicuramente affermare che, a differenza dei *precetti penali*, i quali hanno carattere di *norme di diritto eccezionale, le norme negative dei precetti penali, sono,* invece, *norme di diritto comune*, epperò capaci di essere estese, sia logicamente e analogicamente (*analogia*), sia logicamente e non analogicamente (*principii generali di diritto*), ai casi non preveduti nelle norme medesime.

In conclusione: 1) Ove, in un caso particolare, manchi del tutto una regola giuridica la quale esplicitamente ordini o permetta, in via eccezionale, una azione di regola penalmente vietata, non si

potrà da tale mancanza dedurre, senz'altro, in quel caso, l'esistenza del reato. 2) Si dovrà, invece, in primo luogo, indagare se esista una *disposizione di legge* la quale in un caso diverso, ma *simile* a quello controverso, ovvero in materia diversa, ma *simile* a quella in cui rientra il caso controverso, eccezionalmente imponga o autorizzi una azione di regola penalmente vietata, e, ove esista, *estenderla analogicamente anche al caso da essa non preveduto*. 3) Si dovrà, in secondo luogo, ove una tale disposizione di legge manchi, ricercare se esista, almeno, un *principio di diritto*, dal quale possa desumersi nel caso concreto, l'obbligo giuridico o il diritto soggettivo di porre eccezionalmente in essere una azione di regola penalmente vietata, principio che, nella sua generalità, riesca ad abbracciare, non solo i casi di giustificazione preveduti dalla legge, ma anche il caso di giustificazione, da essi dissimile, dalla legge non preveduto.

Così, allorchè da una o più disposizioni di legge, risulta che una data azione offensiva di un interesse penalmente protetto, è dal diritto eccezionalmente considerata come " *un giusto mezzo ad un giusto scopo* ", è possibile, ricorrendo alla *analogia*, affermare eccezionalmente la liceità giuridica penale di ogni altra azione che costituisca, al pari di quella, un mezzo indispensabile al raggiungimento di quello scopo. Così pure, ricorrendo al *principio generale di diritto* per cui il mantenimento dell'interesse socialmente più importante a spese dell'interesse socialmente meno importante, è giuridicamente lecito (*principio della prevalenza dell'interesse socialmente più importante*) (v. *retro* n° 167), è possibile affermare l'esistenza di casi di esclusione della illiceità giuridica penale, i quali, nè sono preveduti dalla legge, nè somigliano in alcun modo ai casi preveduti dalla legge come cause di giustificazione del reato. 4) Solo allorquando — nonostante l'uso *dell'analogia* e il ricorso ai *principii generali del diritto* — sia certamente esclusa, nel caso concreto, l'esistenza di una norma giuridica che eccezionalmente imponga o autorizzi l'azione di regola penalmente vietata, si potrà e si dovrà concludere che quell'azione è, *anche in quel caso*, un reato, cioè costituisce *sempre e senza eccezione* una azione penalmente illecita.

CAPITOLO VII.

Beni giuridici e interessi giuridici nel diritto penale.

175. Oggetto del reato e oggetto della tutela giuridica penale — Oggetto *sostanziale* e oggetto *formale* del reato. — 176. *a)* L'oggetto *sostanziale* del reato (o oggetto della tutela giuridica penale). Oggetto sostanziale *generico* e *specifico* del reato. — 177. *b)* L'oggetto *formale* del reato. — 178. Rapporti fra oggetto *generico* e oggetto *specifico*, fra oggetto *sostanziale* e oggetto *formale* del reato. — 179. L'oggetto sostanziale specifico del reato, in particolare — *a)* Se il diritto penale tuteli *beni* o *interessi*. — 180. *b)* Se tuteli beni e interessi *individuali* o *collettivi*. — 181. *c)* Se tuteli beni e interessi *semplici* o beni e interessi *giuridici*. — 182. *d)* Se tuteli beni e interessi non costituenti o costituenti *diritti soggettivi*. — 183. *e)* Se tuteli i beni e gli interessi umani obiettivamente o subiettivamente (nella forma di diritti soggettivi). — 184. « *Interesse giuridico* » e « *bene giuridico* » nel campo del diritto penale. La nozione dell'*interesse giuridico* nel diritto penale. Suoi elementi costitutivi (Soggetto, interesse, interesse e diritto coincidente dello Stato, norma giuridica, mancanza di potere giuridico del soggetto). La nozione del *bene giuridico* nel diritto penale. Rapporto fra interesse giuridico e bene giuridico. — 185. Bene giuridico e interesse giuridico sono esistenze reali, non già meri concetti — 186. Sono suscettibili, come tali, di offesa e di tutela. — 187. Opinione dello Hirschberg che il bene giuridico sia sempre ed esclusivamente uno « stato » — Sua critica. — 188. Attinenze e differenze fra interesse e bene giuridico e diritto soggettivo — *a)* La nozione del diritto soggettivo: suoi elementi costitutivi (soggetto individualizzato, interesse, volontà, norma giuridica, potere giuridico del soggetto). — 189. Le tre categorie fondamentali di diritti soggettivi e il loro concetto (facoltà di esigere, di agire, di essere). — 190. *b)* Rapporti e differenze fra *interesse giuridico* e *diritto soggettivo* — 191. *c)* Rapporti e differenze fra *bene giuridico* e *diritto soggettivo*.

175. Determinati i concetti di “ bene „ e di “ interesse „ dal punto di vista sociologico e psicologico; studiato il reato come lesione o minaccia di beni e interessi, cioè come azione dannosa o pericolosa e il diritto penale come tutela dei beni e interessi stessi; considerato, da ultimo, il reato come violazione dei precetti del diritto penale, cioè come azione giuridicamente illecita, dal punto di vista del diritto penale, — noi siamo, finalmente, in grado,

raccogliendo le fila della nostra ricerca, di stabilire altresì la nozione del " bene „ e dell' " interesse „, in quanto è giuridicamente tutelato dal diritto penale (*bene e interesse penalmente protetto*), o, che è lo stesso, la nozione del " *bene giuridico* „ e dell' " *interesse giuridico* „ nel campo del diritto penale.

La determinazione, da noi fatta, del rapporto che intercede fra i beni e gli interessi, e il reato che li offende, fra i beni e gli interessi, e il diritto penale che li tutela, nonchè del rapporto che corre fra i precetti del diritto penale e il reato che ne è la violazione, ci conduce a distinguere, in primo luogo, l'*oggetto del reato* dall'*oggetto della tutela giuridica penale* e, in secondo luogo, ma sopra tutto, l'*oggetto sostanziale del reato*, dall'*oggetto formale del reato stesso.*

L'*oggetto sostanziale del reato* non si distingue, a dir vero, dall'*oggetto della tutela giuridica penale*, ciò che viene sostanzialmente leso o minacciato dal reato essendo, appunto, ciò che il diritto penale giuridicamente tutela. La differenza sta solo in ciò, che, quando si parla di oggetto della *tutela giuridica penale*, si ha riguardo a un momento *anteriore* alla legge penale, quando si parla di oggetto *sostanziale del reato*, si ha riguardo a un momento *posteriore* alla legge stessa, cioè al momento della *violazione* del precetto della legge penale. Onde l'oggetto della tutela giuridica penale è un *quid* (*bene*, *interesse*) che non ha ancora natura giuridica (dal punto di vista, almeno, del diritto penale), ma che acquista tale natura, appunto in virtù di quella tutela (bene giuridico, interesse giuridico, nel senso del diritto penale), mentre l'oggetto sostanziale del reato è quel medesimo *quid* (bene, interesse), in quanto, avendo ricevuto una tutela da parte del diritto penale, ha acquistato appunto una esistenza giuridica (bene giuridico, interesse giuridico). Dall'*oggetto sostanziale del reato*, epperò dall'oggetto della tutela giuridica penale, si distingue, invece, nettamente l'*oggetto formale del reato*. Onde due sono i concetti che si possono qui porre distintamente: l'oggetto sostanziale del reato o oggetto della tutela giuridica penale, e l'oggetto formale del reato.

176. *Oggetto sostanziale del reato*, cioè *oggetto della tutela giuridica penale* è ciò che il diritto penale, mediante i suoi precetti e le sue sanzioni (minaccie penali), giuridicamente protegge e che il reato effettivamente lede o minaccia. E poichè ciò che il diritto

penale tutela e il reato offende, è sempre un *bene della vita* o *della esistenza* e un *interesse* umano al bene medesimo, oggetto *sostanziale* del reato o oggetto della tutela giuridica penale è sempre, più precisamente, un *bene* o *interesse umano*. Se non che vi è un oggetto sostanziale del reato — cioè un oggetto di tutela giuridica penale — *comune a tutti i reati*, qualunque ne sia la specie, e un oggetto sostanziale del reato — cioè un oggetto di tutela giuridica penale — *particolare a ogni singolo reato*. In altri termini, vi è un oggetto sostanziale *generico* del reato (oggetto del reato, in generale) e un oggetto sostanziale *specifico* del reato (oggetto dei singoli reati in ispecie). L'oggetto sostanziale generico del reato è dato sempre da un bene o interesse *sociale*, proprio di tutta la società giuridicamente organizzata: l' interesse dello Stato alla assicurazione delle condizioni della vita in comune, cioè alla sicurezza della propria esistenza o, che è lo stesso, alla propria conservazione. Ogni reato, infatti, come tale, è sempre, come si è detto, una *azione antisociale*: *a*) in quanto produce indirettamente un *danno sociale*, cioè cagiona la restrizione o il sacrificio dell'interesse dello Stato alla tutela giuridica degli interessi conformi alle condizioni della vita in comune e quindi alla assicurazione delle condizioni stesse; *b*) in quanto produce indirettamente un *pericolo sociale*, cioè costituisce una minaccia all'esistenza della società giuridicamente organizzata.

L'oggetto sostanziale *specifico* del reato è dato, invece, sempre da un bene o interesse proprio del soggetto direttamente offeso dal reato (soggetto passivo del reato) e, come tale, è particolare al singolo reato, così che ciascuno dei reati in ispecie, in quanto offende un determinato interesse, individuale o collettivo, ha un suo oggetto specifico, cioè proprio del reato stesso.

L'oggetto *specifico* del reato varia, pertanto, nella sua qualità, col variare della specie del reato: infatti la natura giuridica, e quindi la specie o qualità di ogni singolo reato, vien desunta, appunto, dalla natura dell'interesse penalmente tutelato, proprio della persona offesa, che quel reato direttamente lede o minaccia. L'oggetto *generico* del reato, invece, rimane unico e costante nella sua qualità, non ostante il variare della specie del reato, giacchè ogni reato è sempre una azione antisociale, riconosciuta, come tale, dal legislatore penale, epperò vietata sotto la minaccia di una pena. Muta, tuttavia, col mutare della qualità del reato, la misura della

antisocialità dell'azione, cioè la quantità della offesa all'interesse dello Stato alla propria conservazione: la diversa gravità dei singoli reati, infatti, è data appunto dalla diversa gravità del danno e del pericolo sociale rispettivamente da essi derivante.

177. Diverso dall'oggetto sostanziale del reato, epperò diverso dall'oggetto della tutela giuridica penale, è l'*oggetto formale del reato*. Questo, infatti, è dato dal diritto dello Stato alle azioni o omissioni imposte sotto minaccia di pena, cioè dal *diritto soggettivo pubblico statuale alla osservanza*, o *obbedienza*, *dei precetti penali* (diritto di supremazia). E poichè il diritto dello Stato all'obbedienza, non è che un riflesso del dovere giuridico di obbedienza spettante ai singoli individui (cittadini o stranieri) di fronte allo Stato e l'uno e l'altro costituiscono come i due lati, attivo e passivo, di un rapporto giuridico, che è il rapporto di obbedienza politica penale; poichè tale rapporto giuridico trova la sua fonte negli stessi precetti della legge penale — *oggetto formale del reato* potrà dirsi tanto il diritto di obbedienza dello Stato quanto l'obbligo di obbedienza del suddito, quanto, infine, lo stesso precetto della legge penale da cui quel diritto e quell'obbligo hanno origine.

I precetti penali e gli obblighi da essi creati, dei quali i singoli reati costituiscono la trasgressione, variando col variare dei reati stessi, sembrerebbe si dovesse affermare che l'oggetto formale del reato è diverso per ogni singolo reato. Ma poichè gli obblighi imposti dai precetti penali si unificano in un unico complesso dovere giuridico del suddito, che è il dovere dell'obbedienza o osservanza dei precetti penali, in genere, e poichè a quest'unico complesso dovere giuridico del suddito verso lo Stato, corrisponde un unico, e altrettanto complesso, diritto soggettivo dello Stato verso i sudditi, che è il diritto soggettivo pubblico dello Stato all'obbedienza dei precetti penali, — appare, invece, più esatto l'affermare che l'oggetto formale del reato è unico e immutabile, nella sua qualità, non ostante il mutare della specie del reato.

178. Fissata la distinzione fra oggetto *sostanziale* e *formale*, fra oggetto sostanziale *generico* e *specifico* del reato, riesce agevole determinare i rapporti che corrono fra di essi.

Evidente è, anzi tutto, il rapporto che lega l'oggetto sostanziale, comune a tutti i reati, all'oggetto sostanziale, particolare ai sin-

goli reati. Esso è dato dal rapporto in cui l'interesse dello Stato alla propria esistenza e conservazione si trova coi particolari interessi, proprî dei soggetti offesi, dei quali i singoli reati costituiscono la lesione o la minaccia. Questo rapporto si esprime brevemente dicendo che gli interessi, che i singoli reati offendono, *coincidono* con l'interesse dello Stato alla propria esistenza e conservazione in guisa tale che la soddisfazione degli uni costituisce, al tempo stesso, la soddisfazione dell'altro, la restrizione o il sacrificiò dei primi costituisce, in pari tempo, la restrizione o il sacrificio dell'altro.

Non meno evidente è poi il rapporto che passa fra l'oggetto *sostanziale*, così generico che specifico, del reato e l'oggetto *formale* del reato stesso. Esso è dato dal rapporto in cui gli interessi (degli offesi e dello Stato), giuridicamente tutelati, si trovano col precetto della legge penale, che li tutela, e quindi con l'obbligo giuridico e il diritto soggettivo che da quel precetto discendono. Questo rapporto si può esprimere dicendo: *a*) che il diritto dello Stato alla osservanza della condotta imposta ai consociati sotto sanzione penale, cioè il *diritto soggettivo pubblico di obbedienza dello Stato* nascente dai precetti penali, altro non è che l'*interesse stesso dello Stato alla propria esistenza e conservazione*, in quanto è giuridicamente protetto dal diritto penale col riconoscere allo Stato un potere giuridico di volere e di agire, di fronte ai consociati, per la soddisfazione di quell'interesse (*diritto dello Stato alla propria conservazione*) ; *b*) che gli interessi offesi dai singoli reati, coincidendo, come si è detto, con l'interesse dello Stato alla propria esistenza e conservazione, il potere giuridico dello Stato di agire per la soddisfazione del suo interesse è, necessariamente, un potere giuridico di agire per la soddisfazione degli interessi propri dei soggetti, individuali e collettivi, offesi dai reati.

179. Poichè, come si disse, l'oggetto *sostanziale comune* a tutti i reati, come tali, e ugualmente l'oggetto *formale* del reato, restano immutati, non ostante il mutare della specie del reato, mentre varia, col variare della specie del reato, l'oggetto sostanziale *specifico* di ogni reato, ne risulta che ciò che differenzia un reato dall'altro è, dunque, la diversa natura degli oggetti offesi mediante i singoli reati e tutelati mediante i singoli precetti penalmente sanzionati. L'oggetto del reato e della tutela penale la

cui nozione assume teoricamente e praticamente la maggiore importanza è, dunque, l'oggetto sostanziale specifico ai singoli reati, del quale ci conviene quindi, più particolarmente discorrere. Questo, come già si disse, è sempre, in ogni reato, un bene e un interesse umano a un bene dell'esistenza, proprio dell'offeso. Ma il diritto penale tutela, più precisamente, *beni* o *interessi*? Tutela beni e interessi individuali o beni e interessi collettivi? Tutela semplici beni e interessi o beni e interessi che già sono giuridici, cioè che son già giuridicamente protetti da altre norme giuridiche? Tutela beni e interessi non costituenti, ovvero beni e interessi costituenti diritti soggettivi? E, infine, come il diritto penale tutela i beni e gli interessi umani? Soggettivamente o oggettivamente, con o senza riguardo alla volontà e alla azione dei soggetti degli interessi, accordando o rifiutando diritti soggettivi agli interessati? Ecco le domande — già antecedentemente poste (v. *retro*, n. 58) — a cui è possibile e ci conviene, adesso, rispondere.

a) È certo, anzi tutto, che il diritto penale tutela così i beni della esistenza che gli interessi umani ai beni medesimi. Poichè ogni interesse ha per oggetto un bene, e ogni bene è oggetto di un interesse, il domandarsi se il diritto penale protegga i *beni degli offesi*, ovvero gli *interessi degli offesi*, è, invero, una questione oziosa e mal posta. È del tutto equivalente il dire che il diritto penale tutela la vita, o l'interesse alla vita, la sanità corporea e spirituale o l'interesse alla sanità del corpo e dello spirito, l'onore, o l'interesse all'onore, la libertà, o l'interesse alla libertà, il patrimonio o gli interessi patrimoniali, e via dicendo. La posizione di tale questione diventa poi assolutamente erronea, allorchè ci si domanda se oggetto della tutela giuridica penale siano *i beni degli offesi* (vita, sanità, libertà, onore, patrimonio, ecc.), ovvero l'*interesse dello Stato a questi beni* (interesse dello Stato alla vita, alla sanità, alla libertà, all'onore, al patrimonio degli individui) (1). Invero, interessi di un soggetto a beni di altri soggetti, non esistono. Ogni interesse di un soggetto è interesse a un bene proprio del soggetto stesso. Il preteso interesse dello Stato ai beni degli offesi è, in realtà, un interesse dello Stato a un bene proprio dello Stato

(1) Così: Stooss, *Lehrbuch des oesterreichischen Strafrechts*, Wien u. Leipzig, 1910, § 14, pp. 69-70.

stesso, cioè, alla propria esistenza, o, meglio, alla sicurezza della propria esistenza. È, in altri termini, un interesse dello Stato al bene (pubblico, statuale) della propria conservazione. Il bene del soggetto offeso (vita, sanità, libertà, onore, patrimonio, ecc.) non è oggetto di un interesse dello Stato, e nemmeno è, contemporaneamente, oggetto di due interessi, l'uno dell'offeso, l'altro dello Stato. Il bene dell'offeso è, invece, oggetto soltanto di un interesse dell'offeso, come è esclusivamente oggetto di un interesse dello Stato il bene (esistenza o conservazione) dello Stato stesso.

Solo si ha qui una *coincidenza* fra i beni e gli interessi propri degli offesi e il bene e l'interesse proprio dello Stato, la quale fa sì che la tutela dal diritto penale fornita al bene e all'interesse dello Stato sia, al tempo stesso, tutela giuridica dei beni e degli interessi dei singoli offesi.

180. *b)* È certo, in secondo luogo, che il diritto penale tutela così beni e interessi *individuali* che beni e interessi *collettivi*. Soggetto passivo di un reato può essere, invero, non solo un individuo, un uomo (persona fisica), ma anche una collettività di individui giuridicamente personificata, una persona giuridica, privata o pubblica, come lo Stato, gli enti pubblici minori, ed anche una collettività di individui giuridicamente non personificata, come la famiglia, la società o il pubblico, la comunità internazionale. La questione, se il diritto penale tuteli beni e interessi individuali, ovvero collettivi, non può, dunque, neppure proporsi se, parlando di beni e interessi, s'intendano quelli proprî dei soggetti offesi dai reati. Chè se, invece, parlando di beni e interessi *individuali*, s'intendano i beni e gli interessi proprî degli offesi, e parlando di beni e interessi *collettivi*, i beni e gli interessi proprî dello Stato, la questione è mal posta ed è oziosa. È mal posta, perchè gli interessi *direttamente* offesi dai reati non sono, come si è detto, soltanto interessi individuali, ma anche interessi collettivi (e fra questi anche interessi sociali e anche interessi pubblici o statuali) e perchè non vi è che un unico interesse dello Stato *indirettamente* offeso dai reati, ed è l'interesse dello Stato alla propria conservazione. È oziosa, perchè i reati essendo certamente azioni dannose e pericolose, non solo nei riguardi dei soggetti passivi dei reati, ma anche nei riguardi della società giuridicamente organizzata, cioè essendo lesioni e minaccie non solo di beni o interessi proprî degli

offesi, ma anche di un bene e di un interesse proprio dello Stato, che è appunto l'interesse dello Stato alla propria conservazione, non può neanche porsi in dubbio che il diritto penale tuteli, a un tempo, gli uni e l'altro interesse.

181. *c)* Nemmeno può farsi questione se il diritto penale tuteli *beni e interessi semplici*, ovvero *beni e interessi che già siano giuridici*. La verità è che il diritto penale protegge talvolta beni e interessi *semplici*, cioè non ancora giuridici, tal'altra beni e interessi che già sono *giuridici*, cioè che già sono protetti da altre norme giuridiche. La prima ipotesi si verifica in quei fatti che sono, bensì, reati, cioè fatti illeciti o torti giuridici di diritto penale, ma non sono già fatti illeciti o torti giuridici di diritto privato o pubblico. La seconda ipotesi si verifica, invece, in quei fatti che sono, ad un tempo, reati e fatti illeciti, o torti, di diritto pubblico o privato (es.: delitti o quasi delitti civili). Chè se poi si ha riguardo, non ai beni e agli interessi degli offesi, ma invece al bene e all'interesse dello Stato, che ogni reato indirettamente lede o pone in pericolo, è facile constatare come quest'ultimo, nessun'altra tutela giuridica ricevendo, se non quella che gli è data dal diritto penale, si presenti, prima di tale tutela, non già come un bene o interesse *giuridico*, ma invece come un *semplice* bene o interesse: il bene e l'interesse dello Stato alla propria conservazione.

182. *d)* Agevole è pure la risposta alla questione, se il diritto penale tuteli beni e interessi non costituenti, ovvero costituenti, diritti soggettivi.

I beni e gli interessi propri dei soggetti offesi, che il diritto penale tutela, possono essere, come si è detto, *beni e interessi semplici*, ovvero *beni e interessi giuridici*. Nella prima ipotesi, è evidente che il diritto penale tutela beni e interessi che *non costituiscono certamente diritti soggettivi*. Nella seconda ipotesi, bisogna distinguere, giacchè i beni e gli interessi, già giuridicamente protetti da altre norme di diritto pubblico o privato, possono esserlo in due modi diversi: cioè accordando, o non accordando, all'interessato il potere giuridico di volere e di agire per la soddisfazione del suo interesse. Nel primo caso, il bene o interesse, già giuridicamente protetto e che il diritto penale nuovamente tutela, è un bene o interesse, bensì giuridico, ma *non costituente un diritto sog-*

gettivo privato o pubblico, di una persona fisica o di una persona giuridica (Es.: i così detti interessi legittimi del diritto amministrativo). Nel secondo caso, il bene o interesse già giuridicamente protetto e ora nuovamente tutelato dal diritto penale, è un bene o interesse che non solo è giuridico, ma *costituisce un vero e proprio diritto soggettivo*, privato o pubblico, di un individuo o di una persona giuridica (es.: diritti soggettivi privati patrimoniali, reali o di credito, penalmente tutelati con le sanzioni relative ai delitti patrimoniali). Così che i beni e gli interessi propri dei soggetti offesi mediante i reati, ai quali il diritto penale concede la sua particolare tutela, possono essere:

α) beni e interessi *semplici*, cioè non ancora giuridicamente protetti da altre norme giuridiche;

β) beni e interessi *giuridici*, cioè già giuridicamente protetti da altre norme di diritto privato o pubblico, ma non in forma di diritti soggettivi (beni e interessi *obiettivamente* protetti);

γ) *diritti soggettivi*, privati o pubblici, cioè beni e interessi giuridicamente protetti, in forma di diritti, da altre norme giuridiche, private o pubbliche (beni e interessi *subiettivamente* protetti).

Nel caso (α) in cui il diritto penale tuteli beni e interessi semplici, non tutelati da alcun altra norma giuridica privata o pubblica, è evidente che tali beni e interessi si trasformano in beni e interessi " *giuridici* „ pel solo fatto che essi sono tutelati dal diritto penale.

Ma essi sono tali esclusivamente in forza delle norme del diritto penale, sono, cioè, beni e interessi " giuridici „ solo in quanto sono protetti dalla legge penale. La tutela giuridica penale appare, in tal caso, manifestamente autonoma ed indipendente di fronte alla tutela che le altre norme del diritto privato o pubblico apprestano ai beni e agli interessi umani.

Ma anche nei casi (β e γ) in cui il diritto penale tuteli beni e interessi che già siano protetti da altre norme giuridiche, private o pubbliche, sia obiettivamente (beni e interessi giuridici, in proprio senso), sia subiettivamente (diritti soggettivi privati o pubblici), non è, per questo, meno autonoma e indipendente, di fronte agli altri rami del diritto, la tutela giuridica che a tali interessi giuridici e diritti soggettivi porgono le norme del diritto penale. Autonoma e indipendente è, anche in tali casi, la tutela penale

perchè i *limiti* entro i quali questi beni e interessi sono tutelati da altri rami del diritto privato o pubblico, cioè i limiti entro i quali essi costituiscono beni e interessi *giuridici* ovvero diritti soggettivi privati o pubblici, non coincidono sempre coi *limiti* entro i quali i medesimi beni e interessi sono tutelati dalle norme del diritto penale, cioè, coi limiti entro i quali essi costituiscono beni e interessi penalmente protetti (non coincidenza fra la tutela penale e le altre forme di tutela giuridica contemporaneamente accordate a uno stesso bene o interesse). Ma anche quando coincida, anzi proprio allorchè coincida con altre specie di tutela giuridica, la tutela penale è tuttavia sempre autonoma e indipendente, perchè essa non cade allora soltanto sui beni e gli interessi che le altre norme di diritto privato o pubblico proteggono, ma cade altresì *su la stessa protezione giuridica* che il diritto privato o pubblico concede a quei beni e interessi. Chi può, invero, negare che la tutela dal diritto accordata a un bene e a un interesse costituisca — essa stessa —, al pari di ciò che ne forma oggetto — un bene, a cui si ha interesse?

Chi può negare, cioè, che sia un bene, oggetto di interesse, la *sicurezza del godimento di un bene e della soddisfazione di un interesse* che proviene al soggetto interessato dalla tutela che lo Stato gli accorda mediante il diritto? I diritti soggettivi, e così pure gli interessi giuridici, privati o pubblici, a cui il diritto penale aggiunge la sua particolare tutela giuridica, sono, dunque, essi stessi, " beni ": beni *economici*, se si tratta di diritti, privati o pubblici, aventi carattere patrimoniale; beni *morali*, se si tratta di diritti o interessi giuridici, privati o pubblici, non aventi carattere patrimoniale. Ma sono, in ogni caso, " beni " oggetti, alla loro volta, di altri " interessi " o talora anche di altri " diritti " (i così detti *diritti su diritti*). In conclusione, dunque:

1° la tutela giuridica penale è sempre, di fronte alle altre forme di tutela giuridica, privata o pubblica, una tutela primaria, autonoma e indipendente — non solo quando cade su un bene o interesse non protetto da alcun'altra norma giuridica — ma anche quando essa sia portata su un bene o interesse già protetto da altri rami del diritto, sia nella forma di un interesse giuridico, sia in quella di un diritto soggettivo, privato o pubblico;

2° il diritto penale è sempre, ed in ogni caso, *tutela di beni e interessi, come tali* (beni e interessi *semplici*), anche allor-

quando tale tutela cada sopra beni e interessi che sian già *giuridici* o su diritti soggettivi veri e propri.

183. *c)* Resta a rispondere all'ultima questione: in qual modo il diritto penale tuteli i beni e gli interessi umani: se soggettivamente o oggettivamente, con o senza riguardo alla volontà e all'azione dei soggetti di essi, concedendo o negando diritti soggettivi agli interessati. La risposta consiste nel distinguere fra i beni e gli interessi propri dei soggetti direttamente offesi dai reati e il bene e l'interesse dello Stato alla propria conservazione. Quegli ricevono bensì, anch'essi, protezione dal diritto penale e si trasformano perciò in beni e interessi penalmente protetti, che è quanto dire " giuridici „ nel senso del diritto penale. Ma non si convertono già, per virtù di questa protezione giuridica, in *diritti soggettivi dei privati offesi*, ai quali, invece, il diritto penale nega ogni potere giuridico di volere e di agire per la soddisfazione dei loro interessi, lesi mediante i reati. Il bene e l'interesse dello Stato alla propria conservazione viene, invece, dal diritto penale, non solo giuridicamente tutelato, ma tutelato col conferire allo Stato stesso un potere giuridico di volere e di agire per la soddisfazione del suo interesse, cioè tutelato nella forma di un diritto soggettivo, vero e proprio, che è il diritto soggettivo pubblico dello Stato, verso i sudditi, alla osservanza, o obbedienza, dei precetti penali. In forza del riconoscimento di tale diritto, lo Stato è giuridicamente autorizzato a soddisfare, con la volontà e l'azione sua, o meglio, dei suoi organi pubblici, non solo il proprio interesse di conservazione, ma anche, nel tempo stesso, gli interessi propri dei soggetti offesi, in quanto coincidono con l'interesse dello Stato alla propria conservazione e vengono, perciò, insieme e contemporaneamente ad esso, protetti.

184. Ciò che si è innanzi detto ci pone in grado di determinare la nozione dell'interesse e del bene giuridicamente tutelato dal diritto penale, cioè dell'" *interesse giuridico* „ e del " *bene giuridico* „ nel campo del diritto penale.

" " *Interesse giuridico* „ *nel campo del diritto penale, è ogni interesse, in senso psicologico, individuale o collettivo, il quale, coincidendo con l'interesse dello Stato alla propria conservazione — che il diritto penale tutela nella forma di un diritto soggettivo pubblico*

dello Stato (diritto di obbedienza) — viene, anch'esso, per conseguenza, penalmente protetto, senza tuttavia attribuire al soggetto interessato alcun potere giuridico di volere ed agire per la soddisfazione del suo interesse „. — Elementi costitutivi del concetto dell'interesse giuridico sono, pertanto:

1° Un " *soggetto* „, individualmente determinato o indeterminato, sia esso un uomo (persona fisica) o una collettività di uomini giuridicamente personificata (persona giuridica, privata o pubblica) o non personificata (ente collettivo non distinto giuridicamente dalle persone di coloro che lo compongono). Nessun interesse giuridico, senza un soggetto interessato;

2° Un " *interesse* „ in senso psicologico e quindi un *bene* atto a soddisfare un *bisogno* proprio del soggetto. Tale interesse può essere individuale o collettivo, materiale o morale, patrimoniale o non patrimoniale. Può essere un interesse *semplice*, cioè non ancora protetto da una norma giuridica, o un interesse *giuridico*, cioè protetto già da una norma giuridica, ma non costituente il contenuto di un diritto soggettivo, o, infine, un interesse costituente il contenuto di un diritto soggettivo vero e proprio, pubblico o privato. Nessun interesse giuridico, senza un interesse del soggetto;

3° La *coincidenza* di questo interesse con l'*interesse dello Stato* alla propria conservazione che il diritto penale tutela nella forma di un *diritto soggettivo pubblico statuale*, cioè di un *diritto di obbedienza*. Nessun interesse giuridico di un soggetto, senza interesse e diritto di un altro soggetto (Stato);

4° Una " *norma giuridica* „ — cioè un precetto, comando o divieto, penalmente sanzionato, da cui quell'interesse sia tutelato. Questa norma è quella che trasforma l' " *interesse* „ del soggetto, in *interesse* " *giuridico* „ e l'*interesse* dello Stato in *diritto soggettivo*. Nessun interesse giuridico, senza una norma giuridica (norma di diritto penale);

5° La *mancanza di un potere giuridico* del soggetto interessato, di volere e di agire per la soddisfazione del suo interesse. Nessun interesse giuridico, con potere giuridico del soggetto.

Dal concetto dell'*interesse giuridico* è agevole passare a quello del *bene giuridico*. " *Bene giuridico* „, *nel campo del diritto penale, è ogni bene, in senso sociologico* (individuale o collettivo, materiale o morale, patrimoniale o non patrimoniale) *il quale, in quanto è*

oggetto di un interesse penalmente tutelato, riceve anch'esso protezione giuridica da parte del diritto penale. Come ogni interesse ha per oggetto un bene e ogni bene è oggetto di un interesse, così ogni *interesse giuridico* ha per oggetto un *bene giuridico* e ogni *bene giuridico* è oggetto di un *interesse giuridico.*

Il rapporto che intercede fra il bene giuridico e l'interesse giuridico è, dunque, il rapporto medesimo che intercede fra il bene, in senso sociologico, e l'interesse, in senso psicologico.

185. Così fissati i concetti di *interesse giuridico* e di *bene giuridico* nel campo del diritto penale, riesce facile eliminare alcuni errori ed equivoci che nella dottrina giuridica penale più frequentemente s'incontrano e si perpetuano relativamente a tali nozioni:

a) Un primo errore è quello di ritenere che *bene giuridico* e *interesse giuridico* siano, non *realtà*, ma *concetti* (2). Dal momento, infatti, che il bene giuridico non è che un bene, in quanto è protetto dal diritto penale, è l'interesse giuridico non è che un interesse, in quanto è protetto dal diritto penale — dire che il bene giuridico e l'interesse giuridico sono esistenze concettuali, e non reali, è come dire che sono esistenze concettuali, e non reali, il *bene* e l'*interesse.* E poichè il concetto di bene è un concetto sociologico (e talvolta, anzi, più particolarmente, economico) e il concetto dell'interesse è un concetto psicologico — dire che il bene e l'interesse non sono realtà, ma concetti, è come dire che i fenomeni sociali e i fenomeni psichici non sono fenomeni reali, ma pure astrazioni della mente umana. Significa, in altri termini, affermare che nessun'altra realtà esista all'infuori di quella che è data dagli oggetti corporei del mondo esteriore percepibili mediante i sensi, all'infuori, cioè, delle cose e degli uomini, considerati nella loro esistenza fisica e corporea. Ora un tale errore non ha bisogno di alcuna confutazione. Esso è manifestamente smentito da ogni teoria gnoseologica. E che sia appunto questo l'errore, di cui si tratta, è dimostrato, poi, dalle parole stesse di coloro che negano la reale esistenza del bene e dell'interesse giuridico. " Il bene giuridico della proprietà — così dice, ad esempio, il Liszt — non è un

(2) Così: von Liszt, *Rechtsgut und Handlungsbegriff im Binding'schen Handbuch*, nella " Zeitschrift f. d. ges. Strafr. ", Bd. VI, p. 674 e sgg.

uomo, nè una cosa, bensì il diritto stesso considerato dal punto di vista dello scopo, perciò, *un concetto*. Ciò vale per tutti i beni giuridici, senza alcuna eccezione „. Ora, che il diritto di proprietà non sia l'uomo, che ne è soggetto, nè la cosa, che ne è oggetto, è ridicolmente vero, perchè esso è invece soltanto il potere che il diritto privato conferisce alla *volontà* di un *uomo* di liberamente e assolutamente disporre di una cosa (art. 436 c. civ.). Ma, appunto perchè tale, il diritto di proprietà, non solo ha per contenuto una volontà e quindi uno scopo, cioè un interesse a un bene (l'interesse economico allo sfruttamento esclusivo della cosa), ma — più — è, esso stesso, un *bene*, a cui si ha *interesse*, è un bene economico, giacchè anche i diritti sono beni economici. E come *bene economico* — al pari di ogni altro bene — il diritto di proprietà non è un mero concetto, ma è una realtà: non certo una realtà fisica e corporea, percepibile mediante i sensi, come l'uomo che ne è soggetto o la cosa che ne è oggetto, ma una *realtà sociale* percepibile mercè l'intelletto. Ciò che è vero per quel bene che si chiama diritto di proprietà e per quei beni, in genere, che sono i diritti e i rapporti giuridici, è vero, a maggior ragione, per quei beni che non sono diritti, è vero cioè per tutti i beni in generale, — i quali sono sempre *realtà sociali*, come sono *realtà psicologiche* gli interessi di cui essi formano oggetto.

186. *b)* Un altro errore che non è se non il logico corollario dell'errore precedente è quello di ritenere che i beni e gli interessi, appunto perchè *concetti*, e non *realtà*, non siano, come tali, suscettibili di offesa delittuosa e di tutela penale. La verità è, invece, che “ bene „ essendo tutto ciò che può soddisfare un bisogno umano, esso può essere, ed è, infatti, distrutto o diminuito col distruggere o diminuire la idoneità o attitudine sua alla soddisfazione del bisogno che vi corrisponde, col distruggere o diminuire, in altri termini, la sua utilità, il suo valore di uso; che in tale — effettiva o possibile — perdita o diminuzione di utilità sta appunto la lesione o la minaccia, il *danno* o il *pericolo* direttamente derivante dall'azione delittuosa; che nell'impedire psicologicamente, mercè la minaccia e l'esecuzione della pena, il verificarsi dell'azione stessa, cioè della causa di quella perdita o diminuzione di utilità, sta la *tutela* che il diritto penale appresta al bene della esistenza umana. La verità è che l'interesse essendo l'opinione

che una cosa sia utile, sia un bene per sè, per cui si genera il desiderio del bene medesimo, non può non essere, esso medesimo, sacrificato o limitato, allorchè si distrugga o diminuisca il bene che ne forma l'oggetto; che il danno o il pericolo risultante dal reato sta non soltanto nella — effettiva o possibile — distruzione o diminuzione del bene, oggetto dell'interesse, ma altresì nel sacrificio, effettivo o possibile, totale o parziale, di questo stesso interesse; che la tutela giuridica penale è, quindi, tutela, insieme, di beni e interessi contro azioni umane capaci di distruggere o diminuire gli uni, come di sacrificare e restringere gli altri.

Così i beni che gli interessi sono, dunque, essenzialmente offendibili mediante i reati e tutelabili giuridicamente mercè le sanzioni penali.

Ciò può dirsi di tutti i beni e di tutti gli interessi, senza alcuna eccezione. Ed anche di quei *beni* che sono i *diritti e i rapporti giuridici*, con la sola differenza, che in tal caso, la distruzione o diminuzione del bene e quindi il sacrificio o la restrizione dell'interesse al bene medesimo, sta nella *violazione del diritto soggettivo* o, che è lo stesso, nell'*inadempimento dell'obbligo giuridico* che vi corrisponde. Che poi ogni diritto sia, per sua natura, violabile col trasgredire l'obbligo corrispondente, cioè con l'agire contrariamente al comando o divieto del diritto obiettivo che quest'obbligo e quel diritto crea, — fu già più volte detto, nè occorre qui certo ripetere.

187. Se non che si è recentemente affermato che il bene, oggetto della tutela giuridica penale, cioè il *bene giuridico* nel senso del diritto penale, non è mai una cosa, nè un uomo, e neppure è mai un diritto, in senso soggettivo, ma è sempre ed esclusivamente uno " stato „ (3). Per tale opinione sarebbe, dunque, " di fatto possibile convertire in stati l'universo capitale dei beni

---

(3) Così: Hirschberg, *Die Schutzobjekte der Verbrechen*, Breslau, 1910, n° II, pp. 38-39; n° IV, p. 59; n° VI, pp. 68-79. Nello stesso senso, già Oetker, nella " Zeitschrift f. d. g. Strafr. „, Bd. XVII, p. 565 e sgg.; Gerland, *Die Geldfalschungsdelikte d. deutsch. Strafgesetzbuch*, nel *Gerichtssaal*, Bd. LIX, 81 e sgg., 241 e sgg. specialmente § 4 " *Das Objekt des Verbrechens* „.

giuridici „ e sarebbero " da concepire sempre e soltanto come stati tutti i beni giuridici „ senza alcuna eccezione (4).

Dopo quanto si è detto sul concetto del bene giuridico nel campo del diritto penale, l'erroneità di tale opinione non ha bisogno di molte parole per essere dimostrata:

a) Non è esatto, anzitutto, che bene giuridico non possa essere nè una *cosa*, nè un *uomo*. Dal momento che il bene giuridico, nel senso del diritto penale, è, anzi tutto, un bene, in senso sociologico e bene, sociologicamente inteso, è tutto ciò che soddisfa un bisogno umano; dal momento che le cose, non solo, ma anche le persone, in sè e negli atti loro, possono esser mezzi per la soddisfazione di bisogni della esistenza umana; è evidente, invece, che così le cose come le persone, per sè e per le azioni loro, in quanto sono per noi beni, a cui portiamo interessi, possono essere protetti dalla legge penale e trasformarsi così in beni giuridici e divenire oggetti di interessi giuridici, nel senso del diritto penale. Chi può seriamente negare che siano beni, e cioè beni economici, a cui si hanno interessi, le cose, in quanto servono alla soddisfazione dei nostri bisogni? E che anche alle cose, in quanto sono oggetti di interessi umani, il diritto penale estenda la sua tutela giuridica?

Chi può negare che la persona altrui, considerata nella sua esistenza corporea e spirituale, come nelle azioni o omissioni sue (servigi personali), possa esser mezzo per la soddisfazione di un nostro bisogno, possa essere, cioè, un *bene*, a cui abbiamo *interesse*? E che anche all'altrui persona, in quanto è oggetto di un nostro interesse, il diritto penale accordi la sua protezione? Chi può negare che la nostra persona, corporeamente e spiritualmente considerata, sia per noi un *bene* a cui abbiamo *interesse*, e, anzi, il bene per eccellenza, il centro dal quale si irradiano tutti gli altri beni e tutti gli altri interessi? E che anche su la nostra stessa persona, in quanto è oggetto dei nostri interessi, cada la protezione giuridica propria del diritto penale?

b) Non è esatto, in secondo luogo, che bene giuridico nel senso del diritto penale, non possa mai essere un diritto soggettivo. Dal momento che il bene protetto dal diritto penale è, anzi

(4) Hirschberg, *Die Schutzobjekte des Verbrechens*, pp. 71 e 72.

tutto, un bene in senso sociologico e bene, in senso sociologico, è tutto ciò che soddisfa un bisogno umano; dal momento che i diritti soggettivi e i rapporti giuridici sono, per comune consenso, mezzi di soddisfazione di nostri bisogni e quindi " beni „; è evidente, invece, che i diritti soggettivi, in quanto sono beni, a cui si hanno interessi, possono essere protetti dalla legge penale e trasformarsi in beni penalmente protetti, cioè in beni giuridici, nel senso del diritto penale. Chi può, invero, negare che siano per noi " *beni* „, ai quali portiamo " *interessi* „ i diritti soggettivi privati patrimoniali, reali e di credito, i diritti di autore e di inventore, i diritti di famiglia, i diritti pubblici individuali di libertà, i diritti politici? E chi può negare che tali diritti privati o pubblici ricevano protezione da parte del diritto penale e la ricevano in quanto si considerano, appunto, *come diritti*? E chi può dubitare, allora, che anche i diritti soggettivi siano " beni „ penalmente tutelati, " *beni giuridici* „, nel senso del diritto penale?

c) Inesatto è, da ultimo, l'affermare che il bene giuridico, nel senso del diritto penale, è sempre ed esclusivamente uno " *stato* „. Anzi tutto — è lecito domandare — che cosa si intende per *stato*? Uno stato di fatto o uno stato giuridico (situazione o condizione di diritto)? Lo stato di una persona (stato personale) o lo stato di una cosa (stato reale)? E — nel primo caso — uno stato fisiologico o uno stato psicologico? È evidente che qualunque di questi parziali significati si attribuisca alla parola stato, appare infondata la pretesa di ridurre al concetto di stati tutti i possibili beni che possono formare oggetto di offese delittuose. Ma dato anche che l'espressione " *stato* „ si intenda nel senso più largo e comprensivo possibile, che abbracci in sè tutti i particolari significati della parola, è ugualmente arbitrario e contrario alla realtà il pretendere di convertire nella moneta spicciola di " stati „ tutto il patrimonio dei beni penalmente protetti. Certamente, noi possiamo concepire come *stati* — (stati della persona, fisiologici o psichici) — e come stati giuridicamente protetti — (stati giuridici), la vita, l'integrità del corpo e dello spirito, la libertà di agire e di volere, l'onore, l'onore sessuale, il pudore e via dicendo. Certamente noi possiamo concepire come uno *stato* (stato reale) e come uno stato giuridicamente protetto (stato giuridico) il patrimonio di un individuo o di una collettività. Ma come potremo noi adattare a tutti i diritti soggettivi privati e pubblici che il diritto

penale protegge, la camicia di forza del concetto di " stato „? Come potremo noi far passare sotto la bandiera di " stati „ le cose, oggetti di interessi e di diritti e le persone, soggetti o oggetti di interessi e di diritti? E, infine, come potremo noi costringere sotto il comune denominatore di " *stati* „ le azioni o omissioni umane, gli avvenimenti e le forze della natura esteriore, le energie brute degli animali, l'uomo prima della nascita e dopo la morte, e tutte le altre svariate realtà che, in quanto sono mezzi per la soddisfazione di bisogni umani, sono anch'essi " beni „ oggetti di nostri interessi e, come tali, giuridicamente protetti dal diritto penale?

188. Determinato il concetto dell'*interesse giuridico* e del *bene giuridico* nel campo del diritto penale, vien naturale la domanda: che cosa vi è di comune e che cosa di diverso fra *interesse giuridico* e *diritto soggettivo*, fra *bene giuridico* e *diritto soggettivo*?

Per rispondere a questa domanda occorre partire dal concetto del diritto soggettivo, al quale si è avuto più volte occasione di incidentalmente accennare. Noi diciamo " *diritto soggettivo* „ " *la facoltà, o il potere, dato da una norma giuridica ad un soggetto, individualmente determinato, di volere o di agire per la soddisfazione di un suo interesse e di imporre la sua volontà alla volontà di uno o di più altri soggetti* „. Elementi costitutivi del concetto del diritto soggettivo sono, dunque:

1° Un " *soggetto* „ *specificamente determinato*, cioè, *individualizzato*, sia esso un uomo, una persona fisica o una collettività di uomini giuridicamente personificata, cioè una persona giuridica (non mai una pluralità indeterminata di persone, nè una collettività di uomini giuridicamente non personificata cioè non distinta dalle persone di coloro che la compongono). Tale soggetto è il *soggetto attivo* del diritto. Nessun diritto soggettivo, senza soggetto;

2° Un " *interesse* „, e quindi un " *bene* „ atto a soddisfare un " *bisogno* „ proprio del soggetto (interesse individuale o collettivo, materiale o morale, patrimoniale o non patrimoniale). Tale interesse costituisce il motivo o movente, cioè la causa psicologica della volontà. Nessun diritto soggettivo, senza interesse soggettivo;

3° Una " *volontà* „ diretta alla soddisfazione dell'*interesse* e quindi al conseguimento del *bene* e all'appagamento del *bisogno*

proprio del soggetto (*scopo*, *fine* della volontà). La *volontà*, in quanto è diretta a uno *scopo*, costituisce, insieme ad esso (*interesse*), la *sostanza* o il *contenuto* del diritto soggettivo. Nessun diritto soggettivo, senza volontà soggettiva;

4° Una “ *norma giuridica* „. Questa, come parte del diritto obiettivo, dell'ordinamento giuridico, è la *fonte* da cui scaturisce il diritto in senso soggettivo. Nessun diritto soggettivo, senza diritto oggettivo;

5° Una “ *facoltà giuridica* „ o un “ *potere giuridico* „, dato, dalla *norma* stessa, al soggetto, di *volere* o di *agire* per la soddisfazione del suo *interesse* e di imporre la sua volontà alla volontà di uno o di più altri soggetti. Questa facoltà giuridica o potere giuridico costituisce la *forma* stessa che assume il diritto in senso soggettivo. Nessun diritto soggettivo, senza potere giuridico soggettivo.

189. Il concetto del diritto soggettivo, quale risulta dagli accennati elementi, essendo un concetto generalissimo, si adatta naturalmente ad ogni possibile specie di diritti subiettivi. In realtà, però, se, fra i varî diritti soggettivi, vi sono — come è naturale — caratteri comuni che permettono una generale definizione del concetto del diritto soggettivo, vi sono tuttavia anche differenze, e differenze così notevoli che permettono, non solo, ma impongono, una *distinzione* dei diritti soggettivi in *gruppi* o *categorie* diverse. Più precisamente è possibile, non solo, ma necessaria, a meglio chiarire la natura dei diritti soggettivi e la differenza loro dai meri interessi giuridici, una *tripartizione* di essi a seconda che il *potere giuridico di volere* dato al soggetto per la soddisfazione del suo interesse, riguarda: 1° esclusivamente una *azione o omissione del soggetto passivo del diritto*, oppure: 2° in primo luogo una *azione o omissione del soggetto attivo* e, in secondo luogo, e per conseguenza, una *omissione del soggetto passivo del diritto*; ovvero: 3° in primo luogo un *modo di essere,* uno *stato personale del soggetto attivo* e, in secondo luogo, e per conseguenza, una *omissione del soggetto passivo del diritto*:

1° Esistono, anzi tutto, diritti soggettivi nei quali il potere di volere riconosciuto dalla norma giuridica al soggetto per la soddisfazione del suo interesse riguarda esclusivamente una azione o omissione del soggetto passivo del diritto. Sono questi quei di-

ritti soggettivi che consistono in pure *facoltà* di un soggetto *di pretendere — o esigere —* da un determinato altro soggetto che egli agisca o si astenga dall'agire, o, che è lo stesso, in mere *pretese* (o ragioni) *giuridiche* alla azione o omissione di una persona determinata. Quei diritti, in altri termini, i quali costituiscono semplici *riflessi* di *obblighi giuridici*, spettanti a soggetti determinati. Qui, infatti, si hanno rapporti giuridici nei quali il *prius* è l'*obbligo o dovere giuridico*, il *posterius*, è il *diritto soggettivo* e obbligo e diritto coincidono completamente nel loro contenuto che è dato, nell'uno e nell'altro, da una azione o omissione del soggetto passivo. *Oggetto del diritto* è, dunque, qui l'azione o omissione della persona altrui e quindi, in definitiva, la libertà di agire della persona altrui. A questa categoria di diritti appartengono, per esempio, i diritti di credito o diritti privati di obbligazione (*di facere, dare, non facere*); alcuni diritti di famiglia, aventi per contenuto prestazioni patrimoniali (es.: il diritto agli alimenti) o non patrimoniali (es.: i diritti del coniuge verso l'altro coniuge alla coabitazione, alla fedeltà coniugale, all'assistenza, il diritto al rispetto e all'obbedienza dei genitori verso i figli). Vi appartengono altresì i diritti dello Stato e degli enti pubblici verso i cittadini a prestazioni di opere (diritto al servizio militare, alla testimonianza, ecc.) o di cose (diritti di imposta e di tassa, diritti a tributi speciali, ecc.). Vi appartengono pure i diritti soggettivi pubblici individuali dei cittadini (diritti civici) alle prestazioni di diritto pubblico dello Stato (es.: diritti alla assistenza o beneficenza pubblica, alla istruzione pubblica, al servizio postale di trasporto, al servizio ferroviario, telegrafico, ecc.);

2° Esistono, in secondo luogo, diritti soggettivi nei quali il potere di volere riconosciuto dalla norma giuridica al soggetto per la soddisfazione del suo interesse riguarda, in primo luogo, un'*azione o omissione del soggetto attivo del diritto* e, in secondo luogo, e solo per conseguenza, una *omissione del soggetto, o dei soggetti passivi del diritto*. Sono questi quei diritti soggettivi che consistono principalmente in *facoltà di fare o di non fare (facultates agendi)* del titolare del diritto, alle quali si accompagna secondariamente la *pretesa giuridica* del soggetto attivo verso il soggetto passivo del diritto a che questi *sopporti* la propria azione o omissione. Quei diritti, in altri termini, nei quali l'obbligo giuridico del soggetto passivo del diritto (individuo determinato o pluralità in-

determinata di persone), appare come un *dovere di tollerare, di soffrire* che il soggetto attivo del diritto agisca o ometta di agire, cioè, come un semplice *riflesso* della *facultas agendi* spettante al titolare del diritto. Qui, infatti, si hanno rapporti giuridici nei quali il *prius* è il *diritto soggettivo*, il *posterius*, è l'*obbligo o dovere giuridico* e diritto e obbligo non coincidono affatto nel loro contenuto, l'uno riguardando una azione o omissione del soggetto attivo, l'altro, una omissione (*pati*) del soggetto passivo. L'azione o omissione del soggetto attivo, che forma il contenuto del diritto — come ogni altra azione o omissione — deve necessariamente cadere su un oggetto del mondo esteriore, *su una cosa* o *su un uomo*; onde i diritti che consistono in *facultates agendi* del soggetto attivo possono avere per *oggetto* una *cosa* o una *persona*. Quelli che hanno per oggetto una cosa, prendono il nome di *diritti su le cose* o *diritti reali*. Quelli che hanno per oggetto una persona, prendono il nome di *diritti su l'altrui persona*. A questa categoria di diritti che consistono in *facultates agendi* appartengono, pertanto, i *diritti* privati patrimoniali così detti *reali* (proprietà, possesso, ecc.), alcuni *diritti di famiglia* che implicano un potere su l'altrui persona (patria potestà, autorità maritale, ecc.). Vi appartengono altresì i *diritti reali pubblici* (proprietà pubblica, servitù di diritto pubblico, ecc.), i *diritti di supremazia* dello Stato su le persone dei cittadini, delle corporazioni su le persone dei loro componenti, ecc.;

3° Esistono, in terzo luogo, diritti soggettivi nei quali il potere di volere riconosciuto dalla norma giuridica al soggetto per la soddisfazione del suo interesse, riguarda, in primo luogo, un *modo di essere*, uno *stato personale* del soggetto attivo e, in secondo luogo, e per conseguenza, una *omissione* del soggetto passivo del diritto. Sono questi quei diritti i quali consistono in *facoltà* del soggetto attivo di mantenere integro uno *stato* della propria persona e per conseguenza di *pretendere* dai terzi, soggetti passivi del diritto, il *rispetto* o il *non disturbo* di questo stato personale. Quei diritti, in altri termini, nei quali l'obbligo giuridico dei soggetti passivi appare come un dovere di *non turbare lo stato* — fisiologico o psichico — in cui si trova la *persona* del soggetto attivo del diritto e, quindi, come un *riflesso* della *facoltà* del soggetto stesso di *voler* conservare inalterato un proprio *status personae*. Qui, infatti, si hanno rapporti giuridici nei quali pure il

prius è il diritto soggettivo, il *posterius*, l'obbligo o dovere giuridico, e il diritto e l'obbligo non coincidono nel loro contenuto, giacchè l'uno riguarda la *volontà* del soggetto attivo di mantenere integra e inalterata una propria situazione personale (status), l'altro riguarda l'*omissione* (non turbare lo stato della persona altrui) del soggetto passivo del diritto. *Oggetto* di tali diritti — se pure qui di oggetto si può propriamente parlare — è uno stato della propria persona: onde essi si soglion dire appunto, con locuzione che può dar luogo ad equivoci — " diritti su la propria persona ", o, meglio, *diritti di personalità* (diritti alla vita, alla sanità, alla libertà, all'onore, alla libertà sessuale, all'onore sessuale, ecc., non già diritti di suicidarsi, di mutilarsi, di ridursi in schiavitù, di disonorarsi, di prostituirsi, ecc.). Tali diritti di personalità possono essere, *privati* o *pubblici*, a seconda che si considerano nei rapporti fra individuo e individuo, ovvero nei rapporti fra individuo e Stato.

Così che, in conclusione vi sono tre categorie di diritti soggettivi: 1° i diritti che consistono in facoltà di esigere altrui azioni o omissioni; 2° i diritti che consistono in facoltà di agire o di non agire; 3° i diritti che consistono in facoltà di conservare un certo stato della persona. E tre categorie di obblighi o doveri giuridici corrispondenti: 1° gli obblighi di fare o di non fare; 2° gli obblighi di soffrire che altri faccia o non faccia; 3° gli obblighi di non turbare lo stato dell'altrui persona.

Questa tripartizione dei diritti soggettivi e degli obblighi giuridici che vi corrispondono non è che una conseguenza della natura stessa delle norme giuridiche dalle cui viscere sorgono quei diritti e quegli obblighi.

Queste, infatti: *a)* sono *comandi* o *divieti* e come tali creano in ogni soggetto a cui si rivolgono, *obblighi giuridici* di fare o di non fare; *b)* sono *permessi* o *autorizzazioni* e, come tali, creano negli stessi soggetti obbligati *diritti soggettivi* di fare o di non fare e prima ancora, di esistere come persone; *c)* sono comandi o divieti i quali creano obblighi, di fare o non fare, di un soggetto *di fronte a un altro soggetto* e quindi corrispondenti diritti soggettivi di questo ad azioni o omissioni di quello; *d)* sono permessi o autorizzazioni le quali creano diritti di essere e comportarsi (fare o non fare) di un soggetto *di fronte ad un altro soggetto* e quindi corrispondenti obblighi giuridici — di non turbare o di soppor-

tare — di questo di fronte a quello. In ogni caso le norme giuridiche, comandando e vietando, cioè creando obblighi giuridici, permettendo o autorizzando, cioè creando diritti soggettivi, *combattono*, nell'un caso, *tutelano*, nell'altro, " *volontà* " e " *interessi* " di " *soggetti* ", umani, individuali e collettivi.

190. Così posto il concetto del diritto soggettivo, in sè e nelle sue specie fondamentali, riesce agevole stabilire le differenze e i rapporti che corrono fra *interesse giuridico* e *diritto soggettivo*, fra *bene giuridico* e *diritto soggettivo*.

Evidenti sono, anzi tutto, le somiglianze e le differenze fra l'*interesse giuridico* e il *diritto soggettivo*. Entrambi sono " *interessi* " e, come tali, presuppongono un soggetto interessato — sia esso un uomo o una collettività di uomini — che è appunto il soggetto dell'interesse giuridico o il soggetto del diritto. Entrambi sono " *interessi* " e, come tali, hanno per oggetto *beni*, cioè mezzi di soddisfazione di *bisogni* dei soggetti medesimi. Entrambi sono " *interessi* " e, come tali, rappresentano *scopi* o *fini* delle *volontà* dei soggetti stessi. Entrambi sono *interessi giuridicamente tutelati* e, come tali, presuppongono una *norma giuridica* che li tuteli. La differenza è tutta e soltanto nel *modo* con cui la *norma giuridica* appresta all' " *interesse* " la sua tutela giuridica. Nel diritto soggettivo, infatti, la tutela che la norma giuridica appresta all'*interesse* consiste, come si è visto, nel riconoscere alla *volontà* del *soggetto* dell'*interesse* un *potere* o una *facoltà* di *volere* o di *agire* per la soddisfazione del suo interesse e di imporre la sua volontà alla volontà di uno di più altri soggetti che sono, appunto, i soggetti passivi del diritto e del rapporto giuridico, gli *obbligati*. Nell'interesse giuridico, invece, la tutela che la norma giuridica offre all'interesse consiste semplicemente nell'imporre ad altri soggetti l'obbligo giuridico di non agire in modo da ledere o minacciare quell'interesse, senza che l'adempimento di tale obbligo sia per nulla *condizionato* alla *volontà* del soggetto interessato e quindi senza che si riconosca giuridicamente alcun *potere* alla *volontà* dell'interessato. La differenza fra diritto soggettivo e interesse giuridico sta, dunque, tutta in ciò che, all'obbligo giuridico, di uno o più soggetti, di rispettare l'interesse di un altro soggetto, corrisponde, nel diritto, non corrisponde, invece, nell'interesse giuridico, *la facoltà* del soggetto interessato *di esigere* quel rispetto. Se non

che, poichè ogni obbligo giuridico incombe necessariamente *a un soggetto di fronte a un altro soggetto* e quindi a ogni obbligo di un soggetto corrisponde un diritto di un altro soggetto all'azione o omissione a cui il primo è giuridicamente obbligato; così ne viene di conseguenza che, anche nell'*interesse giuridico*, vi è sempre un *soggetto* alla cui *volontà* è data *facoltà di esigere* l'azione o l'omissione che forma il contenuto dell'obbligo giuridico. Solo che questo soggetto non è — come si è detto — il soggetto dell'interesse *giuridico* ma è invece il soggetto (lo Stato) di un interesse diverso (l'interesse alla conservazione della società giuridicamente organizzata) col quale l'interesse giuridico coincide, e che, come interesse prevalente, vien tutelato principalmente nella forma appunto di un diritto soggettivo (diritto di obbedienza).

191. Non meno evidenti sono i rapporti e le differenze che passano fra il *bene giuridico* e il *diritto soggettivo*. È anzi tutto da ricordare a tale proposito, che i diritti soggettivi essendo — essi stessi — mezzi di soddisfazione di bisogni umani cioè beni, possono, in quanto siano penalmente tutelati come tali (cioè *come diritti*), trasformarsi in " beni giuridici „ agli effetti del diritto penale. In secondo luogo è da notare che tutti i beni giuridici, qualunque essi siano, essendo sempre oggetto di interessi giuridici, possono essere altresì oggetti di quegli interessi che formano il *contenuto* di diritti soggettivi (interessi giuridicamente protetti in forma di diritti) e, come tali, entrare a far parte, insieme agli interessi di cui sono oggetto, del contenuto stesso dei diritti soggettivi. La differenza che intercede fra bene giuridico e diritto soggettivo è allora la differenza medesima che corre fra l'interesse costitutivo di un diritto e il diritto stesso, la differenza cioè che corre fra lo " *scopo* „ e il " *mezzo* „, fra la *sostanza* e la *forma*. Con ciò è detto che non si deve confondere il *bene giuridico* col *diritto soggettivo*. Ma è detto altresì che non si deve confondere il bene giuridico con l'*oggetto di un diritto*. " *Bene giuridico* „ è, infatti, l'*oggetto* dell'*interesse* che determina la *volontà* del soggetto del diritto e, come tale, costituisce insieme all'interesse, di cui è oggetto, lo *scopo*, e quindi il *contenuto*, del diritto soggettivo. " *Oggetto del diritto* „, invece, non può essere, se non l'oggetto del mondo esteriore (cosa o uomo) su cui cade l'azione o omissione del soggetto attivo del diritto. Solo in quanto il *bene oggetto* dell'*interesse* che

costituisce lo *scopo* del diritto sia eventualmente quella stessa *cosa* o *persona* su cui cade altresì materialmente l'azione o omissione del soggetto attivo del diritto, è possibile confondere due concetti che, sono essenzialmente fra loro distinti: lo *scopo* e il *contenuto* del diritto soggettivo — cioè il *bene giuridico*, — e l'*oggetto del diritto* — cioè la cosa o l'uomo su cui materialmente cade l'azione o omissione del soggetto attivo del diritto.

CAPITOLO VIII.

Il sistema dei beni e degli interessi giuridici in rapporto al sistema dei reati in ispecie.

192. La classificazione dei reati dal punto di vista del loro oggetto (oggetto della tutela penale, particolare ai singoli reati). — 193. La natura giuridica dei singoli reati desunta dalla natura dei beni e degli interessi giuridici offesi dai reati stessi. *a)* Determinazione dell'oggetto di offesa e di tutela dei singoli reati. *b)* Determinazione della natura dei beni e interessi giuridici offesi. — 194. La partizione sistematica dei reati desunta dalla partizione sistematica dei beni e degli interessi giuridici offesi. Il *sistema* dei beni e degli interessi giuridici, in rapporto al *sistema* dei reati in ispecie. 1° Beni e interessi giuridici *individuali e collettivi*. 2° Ulteriore partizione dei beni e interessi giuridici collettivi, dal punto di vista del loro soggetto. Le cinque categorie fondamentali dei beni e degli interessi giuridici. — 195. I. *Beni e interessi giuridici dell'individuo*. Loro partizione e criteri che la determinano. A) *Beni personali fisici o materiali*. B) *Beni personali morali o immateriali*. C) *Beni patrimoniali* (reali e personali). D) *Beni misti, patrimoniali* (reali) *e non patrimoniali*. — 196. II. *Beni e interessi giuridici della famiglia*. A) *Beni* e interessi della società coniugale. B) Beni e interessi della società parentale. — 197. III. *Beni e interessi giuridici della società*. — 198. IV. *Beni e interessi giuridici dello Stato*. 1° Beni e interessi pubblici dello Stato (Stato nazionale). *a)* Beni e interessi politici (costituzionali e internazionali) dello Stato. *b)* Beni e interessi amministrativi dello Stato. *c)* Beni e interessi giudiziari o giurisdizionali dello Stato. 2° Beni e interessi pubblici dell'individuo. 3° Beni e interessi pubblici di uno Stato straniero. — 199. V. *Beni e interessi giuridici della società degli Stati o comunità internazionale*.

192. Determinato il concetto del bene giuridico e dell'interesse giuridico nel diritto penale, resta a studiare il *sistema* dei beni e degli interessi giuridici nel suo rapporto col *sistema* dei reati in ispecie.

Appare *prima facie* evidente che dei reati sono possibili altrettanto classificazioni, quanti sono i punti di vista da cui il reato può essere considerato (Esempio: dal punto di vista dell'elemento materiale, dal punto di vista dell'elemento morale, e via

dicendo). Ma fra i vari criteri di classificazione, uno ve ne è, il quale si rivela senza dubbio il più importante, perchè riflette l'intima natura dei singoli reati, ed è quello che vien desunto dall'*oggetto* dei reati medesimi. Se non che, quando si parla di classificazione dei reati dal punto di vista del loro oggetto, si intende evidentemente l'oggetto *sostanziale specifico o particolare* ai singoli reati. Nè l'oggetto *formale*, nè l'oggetto *sostanziale generico* del reato si prestano, infatti, a fornire un utile criterio di classificazione dei reati. Non l'oggetto formale, anzitutto. Tutti i reati essendo, infatti, azioni giuridicamente illecite, nel senso che violano tutti un precetto della legge penale e l'obbligo giuridico del cittadino e il diritto soggettivo dello Stato che ne discendono, nessuna differenza è possibile a farsi, da questo punto di vista, fra reato e reato. Inoltre, dato pure che una distinzione fra i reati dal punto di vista della loro illiceità giuridica penale potesse farsi, essa si risolverebbe in una distinzione dei precetti giuridici, penalmente sanzionati, di cui i reati stessi costituiscono la violazione. E nemmeno può essere base di una classificazione dei reati l'oggetto sostanziale generico del reato. Tutti i reati essendo, infatti, azioni *antisociali*, nel senso che producono tutti indirettamente un danno sociale e un pericolo sociale, nessuna differenza di qualità cioè di natura, potrebbe trovarsi, neanche da tal punto di vista, fra uno ed altro reato. Vero è che varia, col mutare del reato, la misura della antisocialità, cioè la quantità del danno e del pericolo sociale, che da esso deriva, e che da tal punto di vista una classificazione dei reati sembra, dunque, possibile. Ma tale classificazione sarebbe in ogni modo desunta, non già dalla diversa qualità, cioè dalla diversa natura, dei singoli reati, ma soltanto dalla diversa gravità loro. Essa non sarebbe poi neppure una classificazione autonoma, ma si confonderebbe, in parte almeno, con quella desunta dall'oggetto particolare ai singoli reati. È noto, infatti, che il danno sociale e il pericolo sociale mediatamente derivanti dal reato, appunto perchè mediati, sono tanto più gravi quanto più grave è il danno o il pericolo di danno immediato derivante dal reato stesso. Ora il danno o il pericolo di danno immediato, consistendo appunto nella lesione o nella minaccia di un bene e di un interesse giuridico, non solo varia nella sua qualità col variare della qualità o della specie del bene e interesse offeso, ma si modifica, nella sua quantità, a seconda del diverso valore del

bene e interesse stesso. Per conseguenza, dal punto di vista dell'oggetto, nessun'altra classificazione dei reati appare praticamente possibile, se non quella che vien desunta dall'oggetto proprio e particolare ai singoli reati.

193. Si è detto che la classificazione dei reati dal punto di vista del loro oggetto è una classificazione che rispecchia l'intima diversità di natura dei singoli reati. Invero la natura giuridica dei singoli reati si desume appunto dagli oggetti dei reati medesimi, il che è quanto dire, dalla natura dei beni giuridici e degli interessi giuridici offesi dai singoli reati e tutelati dalle singole pene. Ma in qual modo si determina, anzitutto, in ciascun singolo reato, l'oggetto di offesa e di tutela? Come si fa, cioè, a sapere quale è il bene e l'interesse giuridico che ciascun reato lede o minaccia? E, in secondo luogo, come si determina la natura dei beni e degli interessi giuridici di cui i singoli reati rappresentano la lesione o la minaccia?

A) È evidente che scopo del diritto penale essendo appunto la tutela — nel più alto interesse della esistenza della società organizzata — dei beni e interessi umani contro azioni o omissioni ad essi dannose o pericolose, accertare quale è il bene e l'interesse leso o minacciato da un dato reato, significa null'altro che accertare lo " scopo „ che la legge penale si propone di raggiungere vietando sotto minaccia di pena una determinata azione o omissione. Significa, in altri termini, *interpretare la legge penale secondo gli scopi suoi.* Per conseguenza, è naturale che la determinazione dei beni e degli interessi giuridici offesi dei singoli reati, non possa essere fatta se non in base alla legge penale medesima. È quindi dagli *elementi costitutivi* dei singoli reati, quali sono racchiusi nelle definizioni legislative dei reati medesimi, che devono trarsi, a così dire, i sintomi per la diagnosi degli scopi che la legge penale intende raggiungere con le sue incriminazioni e quindi i criteri per accertare quali siano i beni e gli interessi che essa intende proteggere vietando, sotto sanzione penale, le azioni o omissioni che quei reati costituiscono. Questo accertamento dei beni e degli interessi penalmente tutelati, offesi dai singoli reati, è, appunto, il cómpito della scienza. Ma esso è quanto mai irto di pratiche difficoltà. Raramente accade, infatti, che, dato un reato, sia age-

vole trovare, senz'altro, il bene e l'interesse giuridico, di cui esso è l'offesa. Per lo più, la ricerca del bene o interesse giuridico offeso dal reato, implica, da parte dell'interprete, un sottile lavoro di analisi e insieme un alto processo di sintesi, condotti sulla base della legge positiva, che valgano a sceverare, fra gli elementi costitutivi di un dato reato, quegli che hanno, da quelli che non hanno, un valore sintomatico per la determinazione dello scopo che la legge intende raggiungere prevedendo come reato un fatto determinato. Può invero accadere che, pure essendo l'azione vietata sotto minaccia di pena offesa di un unico bene o interesse, non si riesca tuttavia a stabilire quale sia questo bene o interesse, o si sappia, bensì, quale è il bene o interesse offeso, ma sia dubbio entro quali limiti la legge penale abbia ad esso concesso la sua tutela giuridica. Più spesso avviene che l'azione, vietata sotto minaccia di pena, offenda, contemporaneamente o successivamente, non un solo, ma più beni e interessi; e si tratta allora di vedere se uno soltanto, o alcuni di essi, o tutti insieme, ricevano tutela da parte della legge penale, e dato che, non uno soltanto, ma più, siano gli interessi penalmente tutelati, se la tutela concessa ad uno, sia, o non sia, compatibile con quella concessa all'altro, e, dato che non lo sia, e in quanto non lo sia, quale, in tal conflitto di interessi tutelati, debba ritenersi l'interesse *prevalente* a giudizio del legislatore e quindi a preferenza protetto. In questi e in altri casi, l'opera dell'interprete del diritto positivo, intesa a rintracciare il bene e l'interesse che è oggetto della tutela giuridica penale e della offesa delittuosa, incontra aspri, e talvolta insormontabili, ostacoli, che tuttavia gli è forza pur superare, se vuol trovare il bandolo che serva a dipanare la intricata matassa delle controversie esegetiche che si presentano nella applicazione della legge penale ai casi particolari. Nulla, invero, è più importante per la pratica applicazione della legge penale, che la costruzione della natura giuridica dei singoli reati, quale viene desunta, appunto, dalla determinazione dei beni e degli interessi giuridici, di cui i reati stessi sono la violazione. Così dal sapere se il furto è violazione del possesso, ovvero della proprietà, o dell'uno e dell'altra insieme, dipende, ad esempio, il sapere se sia reato di furto il *furtum possessionis* del proprietario; dal sapere se l'aborto procurato sia violazione del diritto alla vita, del feto o della madre, o della morale famigliare, o sociale, o dell'interesse dello Stato

alla sua popolazione, dipende, ad esempio, il sapere se sia, o non sia, aborto criminoso la semplice violenta interruzione del processo fisiologico della gravidanza, non susseguita dalla morte del feto (procurata anticipazione del parto); dal sapere se il falso documentale privato sia violazione degli interessi privati patrimoniali, ovvero della *publica fides*, dipende, ad esempio, il sapere se esso si perfezioni, o no, colla semplice formazione dell'atto falso, non susseguita dall'uso giudiziale o stragiudiziale dell'atto; dal sapere se il falso nummario sia violazione della pubblica fede o del diritto dello Stato al conio esclusivo della moneta, dipende, ad esempio, il sapere se sia, o no, punibile come falso nummario l'alterazione della moneta tale da renderne impossibile l'ulteriore circolazione come moneta; dal sapere se il falso giuramento offenda la fede pubblica nei mezzi di prova o la santità del giuramento, o la giustizia, dipende, ad esempio, il sapere se sia punibile la dichiarazione di volontà semplicemente contraria al vero, o quella tale altresì da esercitare una influenza nella decisione della causa nel corso della quale il giuramento fu deferito o riferito, e via dicendo.

b) Ma trovato il bene e l'interesse penalmente protetto, di cui un determinato reato è l'offesa, non per questo si arresta l'indagine dell'interprete. A lui spetta altresì indagare quale è la natura di questo bene e interesse che la legge penale tutela e il reato offende. Mentre però per determinare quale è il bene e l'interesse che la legge intende penalmente proteggere vietando come reato una determinata azione, è sufficiente la sola considerazione della legge penale; la determinazione della natura del bene o interesse stesso non può esser fatta più con elementi tratti esclusivamente dallo studio della legge penale. Tutte le scienze, fisiche, biologiche, morali, e tra queste in principal modo le scienze sociali, politiche e giuridiche, sono atte a fornire contributi a questa determinazione. Solo la fisiologia può dirci, invero, che sia la vita umana che la legge penalmente protegge contro ogni perturbazione patologica prodotta dall'azione dell'uomo. Solo la scienza psicologica, o sociale, può dirci che sia l'onore, il pudore, l'onore sessuale della donna. Solo la scienza economica, o politica, o giuridica, può dirci che sia il patrimonio e i diritti patrimoniali, che cosa i diritti di famiglia, la libertà giuridica, privata o pubblica, i diritti politici dei cittadini, la sovranità personale e territoriale

dello Stato, e via dicendo. Anche qui è da distinguere se il bene e l'interesse giuridicamente protetto dalla legge penale sia un bene o interesse *semplice* ovvero un bene e interesse che già sia *giuridico* e costituisca, eventualmente, anche un *diritto soggettivo*. Nel primo caso, infatti, la determinazione della natura del bene e dell'interesse offeso dal reato, va tratta dallo studio stesso della vita individuale e sociale. Nessuna norma giuridica, all'infuori della legge penale che quel bene e interesse protegge, viene, pertanto, in considerazione. Nel secondo caso, invece, la nozione dei beni e interessi giuridici o dei diritti soggettivi offesi dai reati e protetti dalla legge penale, non può essere data dalla sola legge penale, ma deve essere fornita dalla conoscenza scientifica delle altre norme di diritto, pubblico o privato, da cui quegli interessi giuridici e quei diritti soggettivi sono creati.

194. Posto il principio che la natura giuridica dei reati dipende dalla natura dei beni e degli interessi giuridici cioè giuridicamente protetti dalla legge penale, che i reati offendono, ne deriva, per naturale conseguenza, che la *classificazione dei reati*, a seconda della loro natura, si desume dalla *classificazione dei beni e degli interessi giuridici* da essi lesi o minacciati. Il criterio naturale di partizione sistematica della *parte speciale* della scienza nostra, viene pertanto, per comune consenso, fornito dalla diversità dei beni e degli interessi, protetti dalle pene e offesi dai reati, cioè dei beni e degli interessi giuridicamente tutelati dalla legge penale (beni e interessi *giuridici* nel senso del diritto penale). Poichè tutti gli interessi hanno per oggetto beni, poichè i beni non sono che mezzi di soddisfazione di bisogni, e tutti i bisogni sono bisogni umani, bisogni della *esistenza umana*; è evidente che oggetto, in largo senso, della protezione del diritto penale, è sempre l'*uomo* nelle diverse manifestazioni della sua *esistenza*.

La esistenza umana è, dunque, il centro da cui si irradiano tutti i beni e gli interessi che la legge penale protegge. Ma l'esistenza umana ci appare, ora come esistenza dell'uomo individualmente considerato, ora come esistenza dell'uomo nello stato di associazione con altri uomini, cioè come coesistenza o convivenza di uomini in società. Soggetto di bisogni, e quindi di beni e d'interessi,

può essere, pertanto, non solo l'uomo singolo, ma anche una pluralità o collettività di uomini conviventi in società. Di qui una prima fondamentale distinzione dei beni e degli interessi giuridici, corrispondente ad una analoga partizione dei bisogni, in: 1° *beni e interessi giuridici individuali;* 2° *beni e interessi giuridici collettivi;* a seconda che soggetto di essi sia appunto un individuo o una pluralità di individui associati. Se non che vari sono gli aspetti che può assumere la comunanza di vita degli uomini tra di loro e varie, quindi, le forme di convivenza sociale. Guardando alle fondamentali aggregazioni umane, in quanto sono soggetti di bisogni e quindi di beni o di interessi giuridicamente protetti dalla legge penale, appare, pertanto, non solo possibile, ma necessaria, una ulteriore partizione dei beni e degli interessi giuridici *collettivi*, a seconda che soggetto di essi sia: 1° La *famiglia*; 2° la *società*; 3° lo *Stato*; 4° la *società degli Stati o comunità internazionale*. Tutti i beni e gli interessi offesi dai reati e protetti dal diritto penale si vengono pertanto naturalmente a distinguere in:

1° *Beni e interessi giuridici dell'individuo;*
2° *Beni e interessi giuridici della famiglia;*
3° *Beni e interessi giuridici della società;*
4° *Beni e interessi giuridici dello Stato;*
5° *Beni e interessi giuridici della società degli Stati.*

195. I. Beni e interessi giuridici dell'individuo. — L'uomo, considerato nella sua esistenza individuale, è naturalmente il centro di una infinita quantità di bisogni che sono appunto i bisogni della esistenza umana individuale. I mezzi di soddisfazione di questi bisogni si dicono *beni della vita umana individuale* o, più brevemente, *beni individuali*; e si dicono *interessi individuali*, gli interessi che hanno per oggetto questi beni, cioè gli interessi umani ai beni individuali.

a) Ma l'esistenza umana individuale è esistenza corporale o materiale o fisica (organica, fisiologica) ed è esistenza incorporale o immateriale o morale (psicologica, spirituale). I bisogni della esistenza umana individuale, pertanto, o sono bisogni materiali o fisici (organici, fisiologici) ovvero sono bisogni immateriali o morali (psicologici, spirituali). Di qui una prima fondamentale distinzione dei *beni individuali* in beni *corporali* o *materiali* o

fisici e beni *incorporali* o *immateriali* o *morali*, a seconda che essi servono a soddisfare i bisogni umani individuali, organici o fisiologici, ovvero bisogni umani individuali. psicologici o spirituali; distinzione a cui fa naturalmente riscontro una analoga corrispondente distinzione fra gli interessi, di cui quei beni formano oggetto, in interessi individuali materiali o fisici e immateriali o morali.

b) Senonchè i mezzi di soddisfazione dei bisogni umani individuali, siano essi organici o fisiologici, ovvero psicologici o spirituali, cioè i beni individuali, non possono essere dati se non dagli oggetti del mondo esteriore. Oggetti del mondo esteriore non sono che le cose o gli uomini. Beni atti a soddisfare i bisogni umani individuali, fisiologici o psichici, non possono essere, dunque, se non le cose e gli uomini, considerati nelle condizioni (stati) della loro esistenza fisica e morale, ovvero nelle azioni o omissioni loro. Di qui una ulteriore distinzione dei beni individuali in *beni reali* o cose e *beni personali*, consistenti in stati fisiologici o psichici o in azioni o omissioni della persona propria o altrui; distinzione a cui corrisponde una analoga partizione degli interessi individuali, che hanno per oggetto quei beni, in interessi *reali* e *personali*. La distinzione tra beni personali e reali non coincide affatto come ben si comprende con la distinzione tra beni immateriali o morali e materiali o fisici, giacchè vi sono beni fisici o materiali, così reali (cose), che personali (esempio: vita, sanità corporea), e vi sono beni morali o immateriali, così personali (libertà, onore) che reali (es. le cose aventi un valore di affetto).

c) Ma fra i beni della esistenza umana individuale una terza partizione è ancora possibile. Oltre i beni fisici o materiali, che son quelli che soddisfano bisogni individuali organici o fisiologici, oltre i beni morali o immateriali, che sono quelli che soddisfano bisogni individuali psicologici o spirituali, esistono, invero, altri beni (come tali, anzi, per eccellenza indicati nel linguaggio comune) a cui non fa riscontro un'autonoma categoria di bisogni; beni, in altri termini, che non soddisfano per sè particolari bisogni della esistenza umana individuale, ma *indirettamente* servono a soddisfare i bisogni umani individuali organici o fisiologici, in quanto sono *mezzi* per il conseguimento dei beni atti a soddisfare questi stessi bisogni. Son questi i beni che vanno generalmente sotto il nome di beni *economici* in senso stretto (giacchè in largo senso è

bene economico ogni mezzo di soddisfazione di un bisogno economico, materiale o morale), o meglio, beni *patrimoniali,* ai quali non fanno affatto riscontro particolari bisogni patrimoniali. In contrapposto ad essi tutti gli altri beni, siano immateriali, siano materiali, si sogliono dire *personali* o anche *morali* nel senso che sono appunto beni *non economici*, *non patrimoniali*. A differenza dei beni personali o morali (non economici, non patrimoniali) che sono beni *diretti o di primo ordine* perchè soddisfano direttamente bisogni fisici o morali, i beni economici in stretto senso o patrimoniali, sono beni *indiretti*, o di *secondo ordine*, cioè beni *istrumentali*, in quanto sono soltanto strumenti o mezzi per il conseguimento dei primi e quindi solo indirettamente soddisfano ai bisogni che a questi corrispondono. La distinzione tra beni patrimoniali e non patrimoniali non coincide affatto, come ben si comprende, con la distinzione tra beni reali e personali, giacchè vi sono beni patrimoniali, così reali (cose), che personali (crediti); e vi sono beni non patrimoniali, così personali (vita, salute, libertà, onore), che reali (esempio: le *res nullius*, le *res communes omnium*: aria, luce, acqua del mare, ecc.). E nemmeno coincide colla distinzione fra beni materiali o fisici e beni immateriali o morali, giacchè vi sono beni patrimoniali, così materiali o fisici (cose) che immateriali o morali (crediti), e vi sono beni non patrimoniali, così materiali o fisici (vita, sanità corporea) che immateriali o morali (libertà, onore). Tenendo presente questa triplice distinzione dei beni e degli interessi individuali (materiali e immateriali, personali e reali, patrimoniali e non patrimoniali), è possibile procedere ad una classificazione di tutti i beni e gli interessi giuridicamente tutelati dal diritto penale che hanno carattere di beni e di interessi giuridici individuali.

A) Una prima categoria di beni e d'interessi individuali penalmente protetti, è data dai beni *fisici* o *material ipersonali* dell'individuo e dagli interessi ad essi relativi. Si dicono personali questi beni perchè consistono in stati della persona (propria persona). Si dicono poi fisici o materiali, non solo perchè consistono in stati fisiologici o organici della propria persona, non solo perchè come tali sono percepibili mediante i sensi, ma sopratutto perchè soddisfano bisogni fisici o materiali o organici o fisiologici, i quali tutti si riassumono nell'unico e più alto bisogno della conservazione della propria materiale esistenza. Questi beni l'uomo porta

con sè dalla nascita, giacchè essi, trovando la loro sede nella materialità corporea dell'uomo, costituiscono la stessa esistenza umana organicamente e fisiologicamente considerata: ma non perciò l'uomo ha meno bisogno di conservarne la integrità, onde essi sono beni, appunto, in quanto valgono a soddisfare il bisogno dell'uomo alla integrale conservazione del proprio essere fisico. Si discute se questi beni fisici personali dell'individuo siano atti a formare, e formino in realtà, il contenuto di veri e propri diritti soggettivi, pertinenti alla classe dei cosidetti diritti privati di personalità. Certo è, ad ogni modo, che essi non possono formarne in senso proprio, l'oggetto, essendo bensì concepibili diritti al rispetto della propria persona, non già diritti sulla propria persona, fisicamente considerata (diritti sul proprio corpo). E certo è parimenti che, non come diritti soggettivi, ma come semplici beni e interessi (e quindi indipendentemente dalla volontà degli interessati) essi ci appaiono tutelati nel campo del diritto penale.

a) Ai beni fisici personali dell'individuo giuridicamente protetti dal diritto penale, appartiene, in primo luogo, la *vita* umana corporea. Tutti i beni di cui l'uomo terrenamente gode, procedono da quel bene supremo che è la vita umana. Questa è la condizione prima della manifestazione e dello svolgimento della stessa personalità umana, il presupposto di ogni umana attività, il bene più alto, dunque, nella gerarchia dei beni umani individuali, che il diritto penale deve sopra ogni altro proteggere.

Nel campo del diritto penale è la persona umana per sè fisicamente considerata e quindi la vita umana per sè, non il diritto alla vita, oggetto di tutela giuridica.

b) Ugualmente appartiene alla categoria dei beni fisici personali dell'individuo l'*integrità personale*, intendendo per essa non solo la sanità corporea e la sanità spirituale, la salute, cioè, del corpo e dello spirito, ma altresì l'integrità di ogni altro bene che non sia la vita, il quale trovi la sua sede nella materialità corporea dell'uomo (p. es., la bellezza). Solo nel campo del diritto privato, non già nel campo del diritto penale, può parlarsi però di un diritto soggettivo privato alla integrità personale. Il diritto penale protegge l'integrità corporea e spirituale dell'uomo, e quindi l'uomo stesso, non già il diritto di lui alla sua integrità corporea e spirituale.

B) Una seconda categoria di beni, e quindi di interessi, dell'individuo penalmente protetti è data dai beni *morali* o *immateriali personali*. Questi beni si dicono personali, perchè consistono anch'essi in stati della persona. Si dicono morali o immateriali, non solo perchè consistono in stati psicologici o spirituali della persona, ma soprattutto perchè soddisfano bisogni morali o immateriali, psicologici o spirituali, i quali tutti si riassumono nel bisogno della esplicazione della propria personalità psichica o morale. Taluni di questi beni trovano la loro sede nella stessa persona che ne è soggetto, considerata nella sua esistenza psicologica o spirituale; sono cioè stati psichici o morali (idee, sentimenti, volizioni) della propria persona. Tali sono, ad esempio, l'onore, soggettivamente inteso come sentimento della propria dignità personale, il pudore, che è anche esso un bene morale o immateriale, quantunque si riferisca alla materialità corporea, ed anche la libertà (che a torto taluni ritengono essere un bene esistente al di fuori della propria persona). Altri esistono, invece, fuori della propria persona, consistono, più precisamente, in stati psicologici o morali (idee, sentimenti, volizioni) di altre persone aventi a termine di riferimento la persona propria. Tale è, per esempio, l'onore, inteso come stima, fama, considerazione, giacchè, in tal senso l'onore è un *quid* che sta tutto nella opinione che gli altri hanno di noi e quindi esiste fuori di noi. Anche i beni morali personali, al pari dei beni fisici personali, sono connaturati e essenziali alla persona umana e come espressioni eminentemente personali della individualità umana appaiono ad essa indissolubilmente legati. Se esistano diritti della persona sui suoi beni immateriali (diritti sulla propria persona, considerata nella sua esistenza morale) o quanto meno diritti della persona al rispetto dei suoi beni immateriali (diritti di personalità), è questione molto discussa nel campo del diritto privato, come è discusso, nel campo del diritto penale, se questo protegga i beni immateriali personali per sè, indipendentemente dalla volontà di coloro a cui essi appartengono, o tuteli, invece, la volontà di conservare integri ed inalterati i beni medesimi.

Alla categoria dei beni e degli interessi giuridici morali (o immateriali) personali appartengono:

1° I beni morali individuali attinenti alla vita sessuale (beni sessuali), e più precisamente: *a)* il *pudore*, cioè il sentimento mo-

rale della propria dignità personale nei rapporti sessuali; *b)* l'*onore sessuale*, cioè la riputazione della donna nell'esercizio della vita sessuale. Non soltanto il pudore e l'onore sessuale per sè, come stati psicologici della persona propria o altrui, sono dal diritto penale protetti, ma anche la volontà al rispetto dell'uno e dell'altro (così nella congiunzione carnale violenta, negli atti di libidine violenti, nell'oltraggio al pudore privato);

2° L'*onore*, nel suo duplice aspetto di sentimento della propria dignità personale (onore soggettivo, *dignitas*) e di considerazione personale da parte della generalità degli altri uomini (onore oggettivo, buon nome, stima, fama, riputazione), e quindi anche di possibilità, derivante da una buona riputazione, di godere certi vantaggi materiali (lato materiale dell'onore, fiducia personale). L'onore, in quanto è giuridicamente tutelato nel campo del diritto privato, dà luogo a un diritto all'onore appartenente anch'esso ai diritti privati di personalità. Non solo l'onore per sè e l'interesse all'onore, ma anche la volontà del rispetto del proprio onore, cioè il diritto all'onore, viene penalmente tutelato. Solo però l'onore individuale, non l'onore della famiglia, nè l'onore dello Stato o politico, può annoverarsi fra i beni giuridici dell'individuo;

3° La *libertà individuale*, cioè la facoltà dell'uomo di liberamente volere (libertà di volere) e manifestare la propria volontà (libertà di agire) per la soddisfazione dei suoi bisogni. La libertà individuale, in quanto è giuridicamente tutelata, si trasforma da libertà di fatto, in libertà giuridica, rientra, cioè, nel generale diritto di libertà individuale. Questo può essere un diritto soggettivo privato (diritto privato di libertà) ovvero un diritto soggettivo pubblico (diritto pubblico individuale di libertà) a seconda che si consideri nei rapporti fra individuo e individuo, cioè fra privato e privato, oppure nei rapporti fra individuo e Stato. Solo il diritto privato di libertà viene in considerazione fra i beni giuridici individuali. Non solo la libertà come stato della propria persona, ma anche la volontà di conservare la propria libertà, cioè il diritto alla libertà, viene dal diritto penale giuridicamente protetta.

La libertà individuale può assumere forme varie a seconda del campo in cui si esplica e dell'oggetto a cui si riferisce. Più precisamente può essere:

a) libertà personale propriamente detta fisica o esterna (libertà di agire, per esempio, libertà di movimento, di locomozione, ecc.) e psichica o morale o interna (libertà di volere). In essa rientra anche la capacità di volere e di agire con effetti giuridici, in ispecie la capacità di negozi giuridici (contratti, testamenti, ecc.);

b) libertà sessuale, cioè libera disposizione del proprio corpo nei rapporti sessuali entro i limiti fissati dal diritto e dal costume sociale (morale sessuale) quale viene penalmente tutelata mediante le sanzioni penali relative ai delitti di ratto in senso proprio (ratto violento e fraudolento);

c) libertà religiosa, sia come libertà di coscienza e di fede religiosa, sia come libera manifestazione della fede religiosa nei rapporti con gli individui appartenenti alle società religiose (libertà di culto). Non soltanto la libertà religiosa, come stato della persona, ma anche la volontà di conservarla è oggetto di tutela penale;

d) libertà del domicilio, vale a dire libertà di agire secondo la propria volontà nella propria abitazione e nelle appartenenze di essa. La legge penale protegge non solo la libertà del domicilio come stato della persona, ma anche la volontà che esige il rispetto della propria libertà nel proprio domicilio. La libertà, o inviolabilità, del domicilio come facoltà inerente al diritto di libertà, non è tuttavia a confondere col diritto privato di abitazione, diritto reale consistente nella facoltà di usare di una casa e di abitarla con la propria famiglia;

e) libertà del segreto, vale a dire libertà di occultare altrui i fatti della vita privata (personale e domestica o famigliare) dell'individuo. Solo il segreto privato individuale, non ad esempio il segreto di stato (politico, militare, ecc.) si classifica fra i beni e interessi dell'individuo. Il diritto penale protegge non solo il segreto (epistolare, telegrafico, ecc.), ma anche la volontà di conservare il segreto;

f) libertà del lavoro, vale a dire libertà di esplicare la propria attività nell'esercizio del lavoro industriale e commerciale.

C) Una terza categoria di beni ed interessi dell'individuo penalmente protetti è data dai *beni patrimoniali* e dagli interessi patrimoniali. I beni patrimoniali, oggetto degli interessi patrimoniali, possono essere *cose* (beni patrimoniali reali) e azioni o

omissioni umane, cioè *servigi personali, crediti* (beni patrimoniali personali).

Gli interessi patrimoniali, prima ancora che dal diritto penale, ricevono tutela giuridica dalle altre norme del diritto e la ricevono mercè l'attribuzione ai soggetti interessati di poteri giuridici di volere e di agire per la soddisfazione dei loro interessi e, quindi, nella forma di diritti soggettivi. Essi non sono, perciò, interessi obiettivamente protetti, cioè meri interessi giuridici, ma interessi soggettivamente protetti, epperò costituiscono tutti indistintamente diritti soggettivi veri e propri, cioè diritti privati patrimoniali. Come tali appunto, e non come semplici interessi, essi sono protetti altresì dal diritto penale. I diritti soggettivi patrimoniali si distinguono dai diritti di personalità, per ciò che essi non sono manifestazioni essenziali della personalità umana e non sono quindi inseparabilmente legati all'individuo, ma consistono invece in una signoria su cose o persone, la quale può essere staccata dai soggetti dei diritti stessi, trasferita in altri soggetti, valutata in danaro (trasmissibilità, sia per atto tra vivi, sia per atto *mortis causa*, valutabilità pecuniaria, dei diritti patrimoniali). Per ciò appunto che in essi la personalità dell'avente diritto passa in seconda linea, i diritti patrimoniali, a differenza di altri diritti, come, ad esempio, i diritti di personalità e i diritti di famiglia, possono appartenere non solo a una persona fisica, a un uomo, ma anche a una persona giuridica, privata o pubblica e così anche allo Stato, in quanto si presenta in veste di persona giuridica privata. Ai diritti patrimoniali penalmente protetti appartengono:

1° I *diritti reali*, cioè i poteri giuridici spettanti alle persone sulle cose in quanto sono mezzi di soddisfazione dei loro bisogni, cioè beni, oggetti di interessi (beni e interessi economici o patrimoniali), poteri che consistono in facoltà di agire rispetto alle cose e di esigere, nel tempo stesso, il rispetto della propria azione da parte di ogni altro consociato. I diritti reali che godono della protezione giuridica penale sono:

a) La *proprietà*, cioè la signoria generale e indipendente su di una cosa da parte di una persona ad esclusione di ogni altra, comprendente la facoltà di possedere (*jus possidendi*) di usare (*jus utendi*) di fruire (*jus fruendi*) e disporre della cosa medesima (*jus disponendi*) nella maniera più assoluta. Oggetto della tutela penale è il diritto di proprietà su di una cosa, non la capacità di

porre in essere negozi giuridici abili a trasferire il dominio (capacità giuridica di volere e di agire con effetti giuridici) la quale rientra, invece, nella libertà giuridica individuale, cioè nel diritto privato di libertà e solo come tale gode pertanto la protezione del diritto penale. Penalmente protetta è di regola la proprietà delle cose mobili (proprietà mobiliare): eccezionalmente anche quella delle cose immobili (proprietà immobiliare) (così nella usurpazione e nel danneggiamento). Penalmente protetta può essere la proprietà così quando essa sia piena e completa (per es., nel furto a danno del proprietario e possessore ad un tempo della cosa) che quando si presenti come *nuda proprietas*, come semplice facoltà di disporre della cosa che ne forma l'oggetto non accompagnata dal possesso e dal godimento della cosa stessa (così, nella appropriazione indebita);

b) Il *possesso*, inteso però esclusivamente come possesso semplice o naturale (non legittimo o giuridico nè con buona fede e giusto titolo debitamente trascritto), cioè come mera detenzione di una cosa mobile (non di un immobile, o di un diritto) quale è civilmente tutelato dall'azione di spoglio o di reintegrazione. Penalmente protetto è il possesso naturale della cosa mobile contro tutti, ad eccezione, però, del proprietario della cosa medesima. Violazione punibile della proprietà senza violazione del possesso è dunque possibile, non già violazione punibile del possesso di un soggetto senza violazione della proprietà di un altro soggetto;

2° I *diritti di credito* o *diritti di obbligazione*, cioè le pretese giuridiche spettanti a un soggetto (creditore) a un'azione o omissione (*dare*, *facere*, *non facere*) di un altro soggetto corrispondentemente ad essa obbligato (debitore).

I diritti di credito non godono della tutela penale che in limiti assai ristretti. L'inadempimento doloso o colposo delle obbligazioni contrattuali è di regola un delitto meramente civile; solo eccezionalmente, in date e particolari circostanze, la violazione dei diritti di credito nascenti da contratto viene considerata come reato (inadempimento di obblighi nelle pubbliche forniture, bancarotta, ecc), ma in tali casi alla violazione dei diritti di credito dei privati si accompagna altresì l'offesa di interessi della società. I diritti di credito possono tuttavia ricevere per sè medesimi tutela penale allorchè la loro violazione si presenti nella forma di una appro-

priazione indebita o di una truffa (abuso di fiducia o frode punibile nell'adempimento di obblighi contrattuali).

D) Una quarta categoria di beni individuali penalmente protetti è data da quei beni i quali, benchè siano indubbiamente beni morali o immateriali o incorporei nel senso che soddisfano bisogni umani psicologici o spirituali (bisogni intellettuali), non possono dirsi nè esclusivamente non patrimoniali, nè esclusivamente patrimoniali, nè esclusivamente personali, nè esclusivamente reali. Sono i beni, oggetto di quegli interessi, i quali, in quanto sono giuridicamente protetti nella forma appunto di diritti soggettivi (diritti privati), costituiscono, nel loro insieme, i *diritti di autore e di inventore.* Questi beni, infatti, e gli interessi di cui essi formano oggetto, si distinguono in due categorie che dànno luogo a due categorie di diritti ben distinti fra loro. Da un lato il bene consistente nella stessa personalità intellettuale dell'autore o dell'inventore, nella stessa qualità o condizione o stato personale di autore o d'inventore, bene il quale forma oggetto di un interesse costitutivo, a sua volta, di un diritto soggettivo autonomo, cioè di un diritto privato di personalità (diritto di autore o di inventore in largo senso) (comprendente, nel primo caso, la facoltà dell'autore di impedire la pubblicazione dell'opera contro la sua volontà (diritto di inedito) o con un falso nome o con indicazioni inesatte o con varianti e modificazioni da lui non consentite, ecc.). Qui è la individualità creatrice indipendente che si tutela, la paternità intellettuale dell'idea letteraria, artistica, scientifica, industriale, ecc., la quale è un bene per sua natura personale, cioè non soltanto non reale, ma anche non patrimoniale. Dall'altro lato, il bene consistente nel prodotto stesso dell'ingegno, nell'opera in cui la personalità intellettuale dell'autore si è estrinsecata, bene il quale forma oggetto di un interesse costitutivo, a sua volta, di un diritto autonomo, di natura reale, che è il diritto di *proprietà intellettuale,* consistente nella facoltà di utilizzazione esclusiva del prodotto del proprio ingegno (diritto di autore o d'inventore in senso stretto). Qui, ciò che si tutela, è la materia in cui si estrinseca la forza creatrice dello spirito, la creazione dell'ingegno umano materializzata mediante il lavoro umano, la quale è un bene per sua natura patrimoniale, non solo, ma anche reale e come tale separabile dalla persona dell'autore, trasferibile in altri e valutabile mediante il danaro. Così la personalità intellettuale dell'au-

tore e dell'inventore, che l'opera e il prodotto del suo ingegno, sono dal diritto penale protetti.

196. II. **Beni e interessi giuridici della famiglia.**

La famiglia, prima, elementare e universale forma di comunanza sociale, fondata sui vincoli di affetto e di sangue, nella quale l'uomo trova le naturali condizioni del suo svolgimento fisico, intellettuale e morale e lo Stato una delle basi sociali su cui si sviluppa, è soggetto di una quantità di bisogni collettivi che sono appunto i bisogni della esistenza umana famigliare. I mezzi di soddisfazione di questi bisogni sono i *beni della vita famigliare* o *beni della famiglia*. Gl'interessi che hanno tali beni per oggetto e per soggetto la collettività degli individui componenti la famiglia, sono gli interessi della famiglia. Come ogni collettività di individui la famiglia, a differenza dell'uomo singolo, non ha che una esistenza incorporea o immateriale o morale. I bisogni della esistenza famigliare, pertanto, non sono che bisogni incorporei o immateriali o morali. Incorporei o immateriali o morali sono, per conseguenza, anche i beni che questi bisogni soddisfano, cioè, i beni famigliari e gli interessi a questi beni, cioè, gli interessi famigliari. I beni della famiglia possono trovare la loro sede nella collettività degli individui che compongono la famiglia, o nella persona di un singolo membro della famiglia, o infine nella persona di un individuo non appartenente alla famiglia. Nel primo caso, essi sono modi di essere della esistenza collettiva famigliare. Nel secondo caso, o consistono in stati della persona considerata come membro della famiglia (status familiae) ovvero in azioni o omissioni della persona stessa ugualmente considerata come appartenente alla famiglia (servigi, prestazioni famigliari). Nel terzo caso non possono consistere che in azioni o omissioni della persona singola, estranea alla famiglia. In tutti e tre i casi i beni e gli interessi della famiglia altro dunque non sono, se non beni e interessi personali (non reali e non patrimoniali).

La famiglia è oggetto di un particolare diritto che è il diritto di famiglia (la cui appartenenza al diritto privato, affermata dai più, è pur posta in dubbio da coloro che veggono in esso piuttosto il punto di passaggio tra il diritto pubblico e il diritto privato (diritto privato sociale). Ma, come base dell'ordine morale e giu-

ridico, essa ha bisogno altresì della tutela che le è data dal diritto penale. La famiglia, come tale, non è dal diritto privato giuridicamente riconosciuta come soggetto di diritti, cioè, come persona giuridica. Gl'interessi di famiglia, infatti, non dànno luogo a diritti soggettivi appartenenti alla famiglia come personalità collettiva verso i membri della famiglia o verso gli estranei alla famiglia stessa, bensì dànno luogo a diritti soggettivi — che sono, al tempo stesso, doveri giuridici, — dei singoli membri della famiglia gli uni verso gli altri (diritti privati di famiglia): diritti e doveri del coniuge verso l'altro coniuge, dei genitori verso i figli, dei figli verso i genitori. Anche dal diritto penale la famiglia non è considerata come una persona giuridica, come un soggetto di diritti veri e propri, giacchè gli interessi della famiglia penalmente tutelati contro quelle azioni offensive degli interessi stessi che sono i reati contro la famiglia, non lo sono naturalmente nella forma di diritti soggettivi. Ma il diritto penale considera tuttavia la famiglia come un soggetto d'*interessi giuridici* distinto, rispetto ai terzi, da ciascuna delle persone di coloro che la compongono. Esso tutela infatti giuridicamente non soltanto i diritti privati di famiglia dei singoli membri della famiglia l'uno verso l'altro, ma tutela insieme ad essi, e al di sopra di essi, i beni e gl'interessi della società famigliare, come tale, di fronte ai singoli non appartenenti alla famiglia e così li trasforma in beni e interessi giuridici propri della famiglia, considerata nella totalità di coloro che la compongono, cioè come una collettività di individui determinati legati da vincoli giuridici reciproci (rapporti di diritto famigliare), collettività, tuttavia, giuridicamente non personificata (società famigliare). La società famigliare può essere considerata sotto due aspetti e cioè come società coniugale e come società parentale. Non ogni società coniugale è, infatti, sempre una società parentale, giacchè vi può essere matrimonio con o senza procreazione di prole. Nè ogni società parentale è sempre una società coniugale, giacchè non vi è solo una società parentale legittima (coniugale) ma anche una società parentale naturale o adottiva (non coniugale). I bisogni della esistenza famigliare, pertanto, possono essere così bisogni della esistenza della famiglia considerata come società coniugale, che bisogni della esistenza della famiglia considerata come società parentale. Di qui la distinzione dei beni e degli interessi famigliari penalmente protetti in due categorie:

1° beni e interessi giuridici della società coniugale; 2° beni e interessi giuridici della società parentale.

1° *Beni e interessi giuridici della società coniugale.* L'atto da cui dipende il sorgere, o meglio il costituirsi, della società coniugale è il matrimonio, il quale, in quanto è regolato dal diritto (diritto matrimoniale), è un atto giuridico che assume la forma di un accordo di volontà. Da esso la legge civile fa discendere rapporti giuridici dei coniugi fra loro, i quali si caratterizzano per ciò che sono rapporti giuridici eminentemente personali e reciproci nel senso che i diritti e i doveri che li costituiscono spettano contemporaneamente ad ambedue i coniugi, l'uno verso l'altro, e però stanno a tutela di interessi, non di uno soltanto, ma di ambedue i coniugi insieme, che è quanto dire, della società coniugale. Tra i doveri giuridici dei coniugi fra di loro due soltanto ci appaiono imposti sotto sanzione penale: l'obbligo di non contrarre altre nozze da parte di chi è vincolato da un matrimonio precedente e l'obbligo della fedeltà coniugale: la violazione del primo costituisce il reato di bigamia, la violazione del secondo, il reato di adulterio. Le sanzioni penali ad essi relative proteggono pertanto un interesse proprio della società coniugale e cioè, nel primo caso, come nel secondo, la stessa esistenza morale della società coniugale come unione sessuale *monogamica*, offesa, nel primo caso, dalla conclusione di un secondo valido matrimonio da o con persona coniugata, nel secondo caso, dalla congiunzione carnale di un coniuge con terza persona di sesso diverso.

2° *Beni e interessi giuridici della società parentale* (legittima, naturale e adottiva). Ad essi appartengono:

a) la *morale famigliare,* cioè la morale relativa alla vita sessuale degli individui nella società famigliare (parentale); *a)* L'asessualità dei rapporti parentali in quanto soddisfa un bisogno della vita morale della famiglia è un bene della famiglia protetto non solo civilmente, mediante il divieto delle nozze entro certi gradi prossimi di parentela, ma anche penalmente, mediante il divieto, penalmente sanzionato, della unione sessuale fra prossimi congiunti (incesto); *b)* Ugualmente la conservazione del prodotto del concepimento, in quanto risponde a un'esigenza morale della vita famigliare, è anch'essa un bene della famiglia giuridicamente protetto dalla legge penale col divieto e la punizione

dell'aborto procurato; *c)* Infine alla tutela della vita morale della famiglia, oltre che della libertà sessuale individuale, è diretta altresì la punizione della corruzione dei minorenni e del ratto di minori consenzienti;

b) Lo *stato di famiglia*, cioè lo stato di fatto produttivo di effetti giuridici (di fronte ai membri della famiglia e di fronte ai terzi), della appartenenza di un determinato individuo a una determinata famiglia, stato che si origina con la nascita, si estingue con la morte, si modifica col matrimonio, il riconoscimento, la legittimazione, l'adozione. Lo *status familiae*, in quanto risponde non solo al bisogno individuale del singolo membro della famiglia, ma a un bisogno collettivo di tutta la famiglia, è un bene della famiglia. Penalmente protetto è lo stato di famiglia contro le violazioni (supposizione, sostituzione e soppressione) dello stato di figliazione dei fanciulli e contro le altre trasgressioni alle leggi sullo stato civile;

c) L'*assistenza famigliare*, fisica e morale, che, in quanto risponde a un bisogno della vita di famiglia, è un bene della famiglia. Stanno a tutela della assistenza famigliare e dei diritti ed obblighi ad essa relativi (talvolta insieme anche di altre forme di assistenza sociale), le sanzioni penali concernenti i reati di esposizione di infante, di abbandono di fanciulli e di altre persone incapaci, di abuso dei mezzi di correzione o di disciplina e di maltrattamenti in famiglia;

d) L'*onore famigliare*, cioè, non l'onore di uno o altro membro della famiglia, ma l'onore della famiglia medesima considerata come personalità collettiva. Penalmente tutelato è l'onore della famiglia mediante il divieto della ingiuria alla memoria dei defunti.

197. III. Beni e interessi giuridici della società.

Tra l'individuo e lo Stato, e oltre la famiglia, sta la società, o società civile, intesa come la indeterminata pluralità, la massa variabile degli individui, cittadini o stranieri, che compongono la popolazione dello Stato (popolo, pubblico), in quanto sono legati da bisogni e quindi da interessi e da scopi comuni. La società si distingue dall'individuo nel modo stesso con cui l'aggregato si distingue dai suoi elementi costitutivi, il tutto, dalle parti componenti, la somma

aritmetica, dai fattori suoi. Ma la società si distingue anche dallo Stato come la somma si distingue dalla risultante, come la composizione o giustapposizione (processo meccanico) si distingue dalla sintesi o combinazione (processo chimico).

Solo, invero, una concezione dello Stato come semplice somma aritmetica degli individui che lo costituiscono, come un tutto non distinto dalle parti componenti e in esse risolventesi (concezione meccanica o atomistica dello Stato), può distruggere la differenza fra Stato e società. Non già una concezione dello Stato come ente distinto dagli individui che lo compongono e dalla loro somma, emergente da un processo di combinazione sociale analoga a quella propria degli organismi naturali (concezione organica dello Stato). La società, in tal modo intesa, è il soggetto di una quantità di bisogni che sono i bisogni della esistenza sociale o bisogni sociali e si distinguono così dai bisogni individuali o privati, che dai bisogni statuali o pubblici. I mezzi di soddisfazione di questi bisogni sono i beni della vita sociale o *beni sociali* a cui fa riscontro una particolare categoria di interessi che sono gli interessi sociali. La società, quantunque ci appaia come un soggetto autonomo di interessi, distinto così dall'individuo che dallo Stato, non forma tuttavia oggetto di un particolare diritto. Non esiste infatti un *diritto di società* distinto dal diritto che si riferisce all'individuo (diritto privato) e da quello che si riferisce allo Stato (diritto pubblico). Il diritto penale disciplina, ciò nonostante, eccezionalmente, i rapporti fra individuo e società e tutela penalmente interessi propri di questa, cioè interessi sociali. Questi diventano appunto, in forza di tale tutela, *interessi giuridici della società*. Non però diritti soggettivi. Qui, come altrove, il diritto penale, tutelando gli interessi del soggetto offeso, non crea in esso diritti, ma semplici interessi giuridici. La società ci appare, dunque, bensì come un soggetto di interessi penalmente tutelati, cioè di interessi giuridici, non già come un soggetto di diritti veri e propri, cioè come una persona giuridica. Ciò dal punto di vista giuridico vale a distinguerla nettamente così dall'individuo, che dallo Stato, l'uno persona fisica, l'altro persona morale, ma entrambi capaci di diritti, soggetti di diritti veri e propri, cioè persone giuridiche.

La società, come riunione o aggregato di individui conviventi non ha, a differenza del singolo, se non una esistenza incorporea

o immateriale. I bisogni della esistenza o della vita umana sociale non sono, dunque, che bisogni incorporei o immateriali. Per conseguenza, i mezzi di soddisfazione di questi bisogni, cioè i beni sociali, e gli interessi che hanno per oggetto i beni medesimi e per soggetto la collettività sociale, cioè gli interessi sociali, sono, anch'essi, beni e interessi incorporali o immateriali (morali in senso stretto, intellettuali, religiosi, ecc.).

Ai beni e interessi della società penalmente protetti appartengono:

a) l'*ordine pubblico*, inteso non nel senso di *ordine politico* e nemmeno di *ordine giuridico* (questo ne costituisce piuttosto la causa), ma nel senso di *ordine sociale*, cioè dell'ordine nei rapporti della vita sociale, quale risulta dalle norme giuridiche, particolarmente penali, regolanti i rapporti medesimi (ordine o ordinamento giuridico) e comprendente quindi la pace, la quiete, la tranquillità, la sicurezza sociale, ecc. Penalmente protetto è l'ordine pubblico mediante le sanzioni penali relative ai delitti di istigazione a delinquere, di associazione per delinquere e di eccitamento alla guerra civile.

b) La *fede pubblica*, cioè la fiducia che la società ripone negli oggetti, nei segni e nelle forme esteriori (monete, emblemi, documenti) ai quali lo Stato, mediante il diritto, privato o pubblico, attribuisce un qualsiasi valore probante; nonchè la buona fede e il credito dei cittadini nei rapporti della vita commerciale e industriale. Penalmente tutelata è la fede pubblica mediante le sanzioni penali relative al falso nummario (falsità in monete o in carte di pubblico credito), al falso negli emblemi (falsità in sigilli, bolli pubblici e loro impronte), al falso documentale (falso in atti pubblici, in scritture private, in certificati, licenze, attestati, dichiarazioni, ecc.) ed anche mercè le sanzioni penali relative alle frodi nei commerci, nelle industrie e negli incanti, ai reati in materia di società commerciali, alla bancarotta.

c) L'*incolumità pubblica*, cioè la sicurezza di tutti i cittadini in genere senza determinazione e limitazione di persone (collettività dei cittadini, società, pubblico) contro i danni fisici personali (alla vita, alla salute) e patrimoniali derivanti dallo scatenamento, ad opera dell'uomo, delle forze naturali, dall'alterato funzionamento dei mezzi di trasporto e di comunicazione, dalla alterazione di sostanze alimentari e medicinali destinate al pubblico, ecc. Penal-

mente protetta è l'incolumità pubblica mediante le sanzioni relative ai delitti di comune pericolo (incendio, inondazione, sommersione, ecc.), ai delitti contro la sicurezza dei mezzi di trasporto e di comunicazione, ai delitti contro la sanità e alimentazione pubblica.

d) La *morale pubblica* o *buon costume pubblico*, cioè l'osservanza dei limiti che il costume sociale impone ai rapporti della vita sessuale (morale sessuale). La morale sociale o pubblica si distingue dalla moralità individuale e dalla moralità famigliare epperò è un bene della collettività protetto per sè medesimo dalla legge penale mercè le sanzioni penali relative ai delitti di lenocinio e di oltraggio al pubblico pudore.

e) La *religione*. Penalmente protetto è il sentimento religioso della collettività che esige il rispetto delle cose sacre, dei sepolcri e dei defunti (religione delle tombe, pietà verso i defunti) mediante le sanzioni relative alle deturpazioni in luoghi destinati al culto o in cimiteri e alle violazioni di sepolcri e di cadaveri.

198. IV. Beni e interessi giuridici dello Stato. — Lo Stato — cioè il popolo di un determinato territorio ordinato giuridicamente sotto un supremo potere (potere politico, sovranità) in modo da acquistare la capacità di volere e di agire come un tutt'uno per scopi collettivi e da costituire così una distinta personalità. — è, anch'esso, naturalmente il centro di una quantità di bisogni che sono appunto i bisogni della esistenza statuale o bisogni statuali o pubblici o politici. I mezzi di soddisfazione di questi bisogni sono i *beni statuali* o *pubblici* o *politici*. Gli interessi che hanno per oggetto tali beni, sono gli interessi statuali o pubblici o politici. Tali bisogni, beni e interessi sono anch'essi sociali, ma tuttavia non privati, bensì appunto statuali, pubblici o politici, e, come tali, si distinguono dai bisogni, beni e interessi sociali non specificamente statuali o pubblici o politici, ma invece semplicemente privati.

L'esistenza dello Stato come organismo collettivo, a differenza di quella degli organismi individuali, altro non può essere se non una esistenza incorporea o immateriale o morale. I bisogni della esistenza statuale sono, pertanto, esclusivamente bisogni incorporei

o immateriali o morali. Tali esclusivamente sono, per conseguenza, anche i beni che questi bisogni soddisfano e gli interessi di cui essi sono oggetto, cioè, i beni e gli interessi statuali o pubblici o politici. I beni statuali o pubblici possono consistere in cose mobili o immobili (per esempio, il territorio) ovvero in stati o azioni o omissioni della persona giuridica dello Stato, o in stati, azioni o omissioni delle persone fisiche dei cittadini, o infine in stati, azioni o omissioni delle persone giuridiche di altri Stati. Di qui la distinzione fra beni e interessi pubblici reali e beni e interessi pubblici personali. Ugualmente è possibile concepire beni e interessi statuali o pubblici non patrimoniali e beni e interessi statuali o pubblici patrimoniali.

a) Lo Stato, considerato nei suoi rapporti con i sudditi, è oggetto del diritto pubblico interno (costituzionale, amministrativo, penale, processuale, finanziario, ecclesiastico). Qui lo Stato appare non solo come un soggetto di interessi giuridicamente tutelati, ma come soggetto di interessi tutelati nella forma di diritti soggettivi, cioè come soggetto di diritti, o, che è lo stesso, persona giuridica (*personalità di diritto pubblico* dello Stato). Tali diritti sono i diritti pubblici soggettivi dello Stato o statuali e possono essere personali e reali, patrimoniali e non patrimoniali. Ad essi appartengono: 1° i *diritti pubblici dello Stato sulla propria persona* o *diritti pubblici di personalità dello Stato*, cioè i diritti pubblici statuali che hanno per oggetto la persona propria dello Stato o meglio, stati personali, azioni o omissioni della persona stessa dello Stato; 2° i *diritti pubblici dello Stato sulle persone dei sudditi*, cioè i diritti pubblici statuali che hanno per oggetto le persone fisiche dei cittadini, o meglio, stati personali (diritti di supremazia in stretto senso, diritti di obbedienza politica) ovvero azioni o omissioni (prestazioni personali o reali) delle persone dei cittadini (*obbligazioni di diritto pubblico dell'individuo, diritti pubblici di obbligazione dello Stato*); 3° i *diritti pubblici dello Stato sulle cose* (*diritti reali pubblici dello Stato*). Ma nel campo del diritto pubblico interno lo Stato non ci appare solo come soggetto di diritti, bensì anche come soggetto di obblighi o doveri giuridici. Sono questi gli obblighi o doveri giuridici pubblici dello Stato a cui corrispondono i diritti soggettivi pubblici dello Stato stesso verso i suoi organi (diritti riflessivi) ovvero i *diritti soggettivi pubblici dell'individuo verso lo Stato* cioè i *diritti pubblici soggettivi individuali.* Questi hanno per base, non solo interessi indivi-

duali, ma insieme interessi pubblici o statuali, e possono essere anche essi personali e reali, patrimoniali e non patrimoniali. Ad essi appartengono: *a)* I *diritti pubblici dell'individuo sulla propria persona* o *diritti pubblici individuali di personalità* cioè i diritti individuali pubblici aventi per oggetto stati della propria persona o azioni e omissioni della propria persona (status libertatis, status activae civitatis) e comprendenti i così detti *diritti di libertà* (libertà civili) e i così detti *diritti politici* (libertà politiche); *b)* i *diritti pubblici dell'individuo verso lo Stato*, cioè, i diritti pubblici individuali ad azioni o omissioni (prestazioni personali e reali) dello Stato (*obbligazioni di diritto pubblico dello Stato, diritti pubblici individuali di obbligazione*) comprendenti tutti i così detti *diritti civici*; *c)* i *diritti pubblici dell'individuo sulle cose* (*diritti reali pubblici dell'individuo*).

b) Lo Stato nazionale considerato nei suoi rapporti con gli altri Stati è oggetto del diritto internazionale. Anche qui lo Stato appare, non solo come soggetto di interessi giuridicamente tutelati, ma come soggetto d'interessi tutelati in forma di diritti soggettivi, cioè come soggetto di diritti, o, che è lo stesso, persona giuridica (*personalità di diritto internazionale dello Stato*). Tali diritti sono i diritti internazionali dello Stato e possono essere, anche essi, personali e reali, non patrimoniali e patrimoniali. Ad essi appartengono: *a)* i *diritti internazionali di personalità dello Stato*, i quali hanno per oggetto stati o azioni e omissioni della persona stessa dello Stato nazionale (così detti diritti fondamentali dello Stato); *b)* i *diritti internazionali dello Stato verso le persone degli altri Stati*, cioè i diritti internazionali dello Stato ad azioni o omissioni (prestazioni personali e reali) degli altri Stati (*diritti internazionali di obbligazione dello Stato*); *c)* i *diritti internazionali dello Stato sulle cose* (*diritti reali internazionali dello Stato*). Ma nel campo del diritto internazionale lo Stato nazionale ci appare anche come soggetto di obblighi o doveri giuridici che sono gli obbligi o doveri giuridici internazionali dello Stato, e a questi corrispondono naturalmente diritti soggettivi internazionali degli altri Stati, analoghi e paralleli a quelli spettanti allo Stato nazionale e aventi per base interessi propri degli Stati esteri.

c) Il diritto penale protegge, non solo gl'interessi pubblici dello Stato nei suoi rapporti con l'individuo, ma anche gl'interessi pubblici dell'individuo nei suoi rapporti con lo Stato, non solo

gl'interessi pubblici dello Stato nazionale nei suoi rapporti con gli altri Stati, ma anche gl'interessi pubblici degli Stati esteri nei loro rapporti con lo Stato nazionale. E poichè questi interessi costituiscono in forza del diritto pubblico, interno e internazionale, *diritti soggettivi pubblici* (statuali o individuali) o *internazionali* (statuali, soltanto), essi sono di regola tutelati appunto come tali, cioè, come diritti, nel campo del diritto penale. Non solo il cittadino nei suoi rapporti con lo Stato, ma anche lo Stato nei suoi rapporti col cittadino, ci appare pertanto nell'àmbito del diritto penale come un soggetto di diritti, cioè, una persona giuridica (persona giuridica pubblica). E ci appare come un soggetto di diritti, cioè, una persona giuridica (persona di diritto internazionale), non solo lo Stato nazionale nei suoi rapporti con gli altri Stati, ma anche lo Stato estero nei suoi rapporti con lo Stato italiano. I beni e gli interessi pubblici penalmente protetti possono pertanto distinguersi in tre categorie: beni e interessi giuridici pubblici dello Stato (Stato nazionale); beni e interessi giuridici pubblici dell'individuo; beni e interessi giuridici pubblici di uno Stato straniero.

1° *Beni e interessi giuridici pubblici dello Stato (Stato nazionale).* Possono distinguersi in tre categorie: *a) beni e interessi politici dello Stato; b) beni e interessi amministrativi dello Stato; c) beni e interessi giudiziari o giurisdizionali dello Stato.*

a) Beni e interessi politici dello Stato. Sono quelli propri dello Stato, come tale, unitariamente considerato, e si distinguono in beni e interessi politici *interni* o *costituzionali* e beni e interessi politici *esterni* o *internazionali* dello Stato, a seconda che si guarda lo Stato nei rapporti interni, ovvero nei rapporti esterni o internazionali. Gli uni sono relativi alla esistenza e alla organizzazione costituzionale dello Stato nonchè alla attività degli organi costituzionali dello Stato stesso (quindi, alla personalità, alla sovranità e al governo dello Stato), gli altri sono relativi alla esistenza e alla organizzazione internazionale dello Stato, nonchè all'attività degli organi internazionali dello Stato stesso. Gli uni dànno luogo ai diritti soggettivi pubblici di personalità dello Stato verso i cittadini. Gli altri dànno luogo ai diritti soggettivi internazionali di personalità dello Stato verso gli altri Stati. Appartengono ai beni e agli interessi politici, costituzionali e internazionali, dello Stato penalmente tutelati: *a)* l'*unità dello Stato*, cioè la integrità del popolo come elemento personale costitutivo dello Stato, l'*integrità*

dello Stato, cioè l'integrità del territorio come elemento reale costitutivo dello Stato, l'*indipendenza dello Stato*, cioè la sovranità personale e territoriale dello Stato nei rapporti esterni o internazionali dello Stato (libertà e autonomia del volere dello Stato nei rapporti con gli altri Stati): unità, integrità e indipendenza non sono che aspetti diversi dell'unico bene della esistenza e conservazione dello Stato considerata nei rapporti interni e nei rapporti internazionali; *b)* la *fede dello Stato*, sia come fede politica a cui corrisponde l'obbligo di fedeltà dei cittadini verso lo Stato, sia come fede diplomatica a cui corrisponde l'obbligo di fedeltà da parte degli agenti diplomatici; *c)* la *pace politica esterna* dello Stato cioè lo stato di pace dello Stato italiano nei rapporti con gli altri Stati (in contrapposto allo stato di guerra); *d)* il *segreto dello Stato*, sia nella forma di segreto politico che in quella di segreto militare; *e)* l'*onore dello Stato* o onore politico, cioè il decoro, la dignità dello Stato, considerato in sè, nei suoi emblemi e nelle sue supreme istituzioni (istituzioni costituzionali) come nei suoi supremi organi (organi costituzionali: Re, Camera dei deputati, Senato); *f)* la *libertà dello Stato*, cioè il libero esercizio della sovranità da parte degli organi costituzionali dello Stato; *g)* l'*obbedienza allo Stato* o *obbedienza politica* da parte, non solo dei cittadini, ma anche degli stranieri residenti nel territorio dello Stato; *h)* l'*inviolabilità personale* del capo dello Stato (inviolabilità della vita, della integrità personale, della libertà personale, dell'onore personale del Re); *i)* l'*irresponsabilità della Corona*. E via dicendo.

b) Beni e interessi amministrativi dello Stato. Sono quelli proprii dello Stato considerato come potere amministrativo o governativo (Stato - pubblica amministrazione) e, come tali, sono appunto relativi all'amministrazione dello Stato, sia nel suo aspetto di organizzazione amministrativa che in quello di attività o funzione amministrativa (amministrazione propriamente detta). Essi costituiscono generalmente diritti soggettivi pubblici *amministrativi* dello Stato, personali o reali, patrimoniali o non patrimoniali. Beni e interessi amministrativi dello Stato penalmente tutelati sono non solo quelli offesi mediante i così detti *delitti contro la pubblica amministrazione* del codice penale, non solo quelli offesi mediante le così dette *contravvenzioni* del codice penale, ma altresì quelli offesi mediante i delitti e le contravvenzioni contenuti nelle infinite leggi amministrative speciali che portano sanzioni penali. Essi sono

pertanto, innumerevoli, quanto sono innumerevoli i reati che sono diretti contro l'amministrazione dello Stato.

Una classificazione di tali beni e interessi amministrativi è solo possibile in base a una ripartizione dei vari rami in cui si distingue l'amministrazione interna dello Stato, in quanto è regolata da norme giuridiche (norme di diritto amministrativo) (amministrazione della pubblica sicurezza, amministrazione carceraria, amministrazione sanitaria, amministrazione dell'agricoltura, dell'industria e del commercio, amministrazione mercantile marittima, amministrazione dei lavori pubblici, amministrazione delle poste e dei telegrafi, amministrazione della pubblica istruzione, amministrazione finanziaria, amministrazione militare, ecc.).

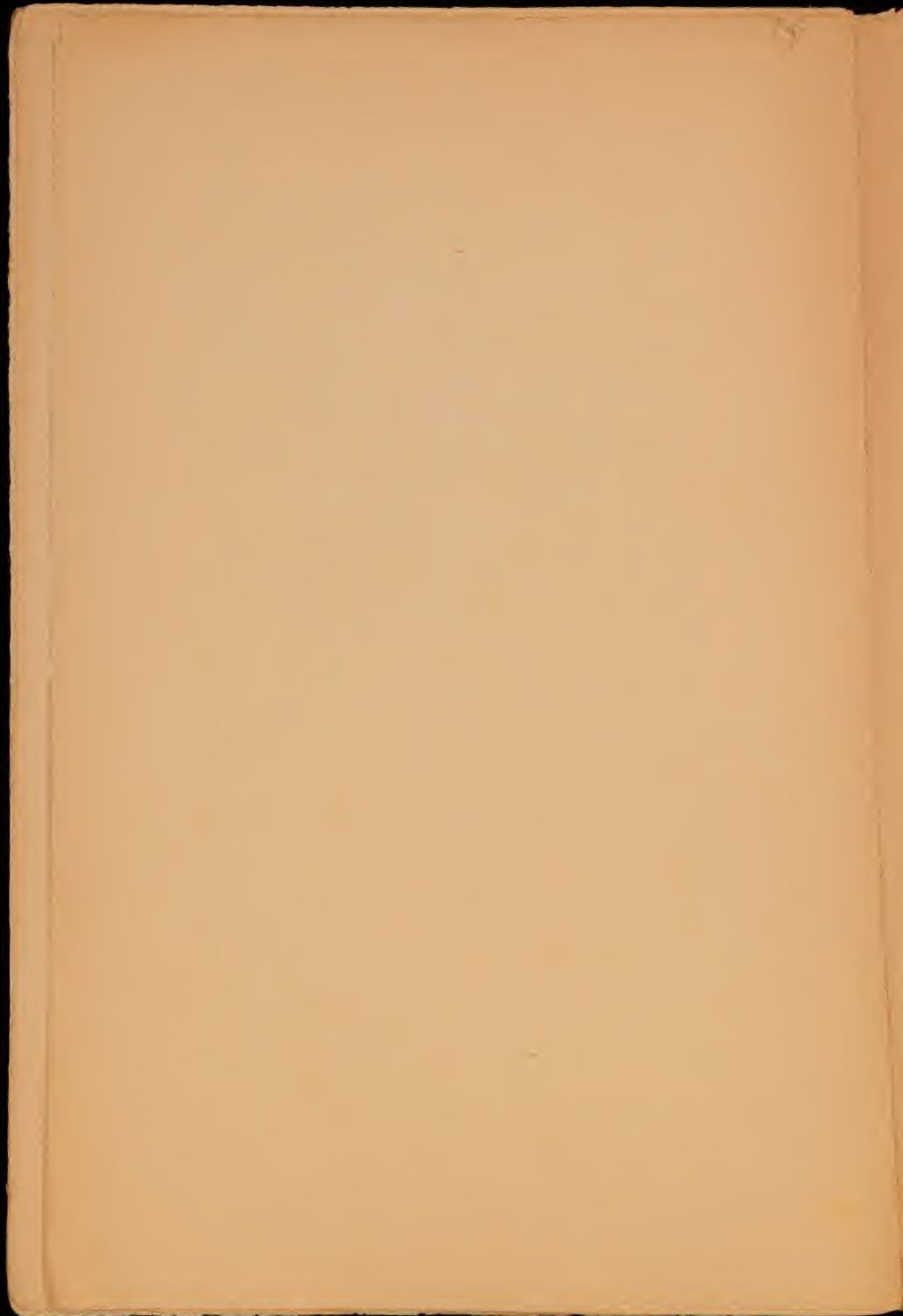
c) Beni e interessi giudiziari o giurisdizionali dello Stato. Sono quelli dello Stato considerato come potere giudiziario o giurisdizionale e, come tali, sono relativi alla amministrazione della giustizia dello Stato, sia nel suo aspetto di organizzazione giudiziaria (ordinamento giudiziario) che in quello di attività o funzione giudiziaria (funzione giurisdizionale, giurisdizione) della quale il processo (civile, penale, amministrativo), in tutte le sue fasi, rappresenta lo svolgimento. Essi costituiscono generalmente diritti soggettivi pubblici *processuali* dello Stato. Penalmente tutelati sono i beni e gli interessi giurisdizionali dello Stato mediante le sanzioni penali relative ai reati contro l'amministrazione della giustizia (tranne l'evasione e l'inosservanza di pena).

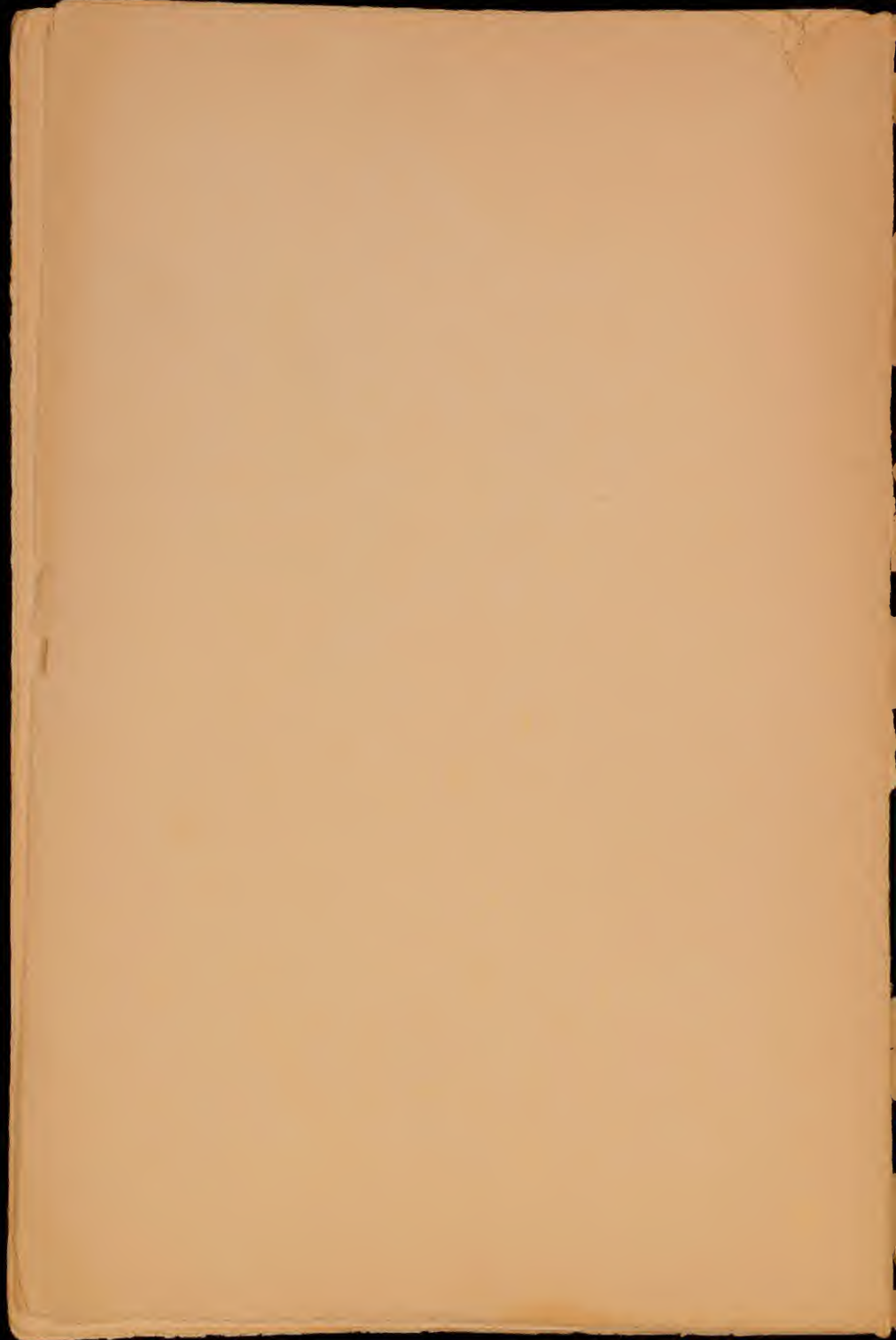
2° *Beni e interessi giuridici pubblici dell'individuo.* Sono quelli costituenti i così detti *diritti pubblici soggettivi individuali*: diritti di libertà, civici, politici. Fra essi particolarmente protetti nel campo del diritto penale sono i *diritti politici individuali* (così dette libertà politiche) cioè i diritti del cittadino di rendersi attivo nell'interesse e per conto dello Stato, o meglio, di partecipare alla attività legislativa, amministrativa e giurisdizionale dello Stato, primi fra i quali i diritti al voto politico e amministrativo (diritti elettorali). Importante ci appare anche la tutela penale del *diritto soggettivo pubblico di libertà del cittadino* di fronte allo Stato.

3° *Beni e interessi giuridici pubblici di uno Stato straniero.* Anche gli Stati esteri nelle loro relazioni internazionali con lo Stato italiano ci appaiono come soggetti d'interessi penalmente protetti (fra i quali particolarmente l'*onore* degli Stati stranieri). Il diritto internazionale come diritto regolante i rapporti degli

Stati tra di loro (rapporti interstatuali), non può creare diritti e doveri giuridici soggettivi (diritti e doveri internazionali) se non per gli Stati appartenenti alla comunità internazionale, i quali, pertanto, sono i soli possibili soggetti della violazione di quei diritti e doveri (così detti delitti di diritto internazionale pubblico). I cittadini di uno Stato, come tali, non sono, dunque, soggetti capaci nè di diritti e doveri giuridici internazionali, nè di delitti di diritto internazionale. Ma l'appartenenza alla comunità degli Stati obbliga internazionalmente ciascuno Stato a vietare e punire le offese agli interessi degli Stati stranieri, le quali turbano i rapporti internazionali dello Stato italiano con gli Stati medesimi. Tali offese, formalmente, sono tuttavia violazioni del diritto interno o nazionale, non già del diritto internazionale.

199. V. Beni e interessi giuridici della società degli Stati. — La società degli Stati o società internazionale è anche essa soggetto di bisogni sempre crescenti che sono appunto i bisogni della vita degli Stati in società, i bisogni della esistenza della comunità internazionale o interstatuale. I mezzi di soddisfazione di questi bisogni sono i *beni internazionali* o *interstatuali*. Gl'interessi che hanno per oggetto questi beni e per soggetto la comunità degli Stati sono gl'interessi internazionali o interstatuali. Il diritto internazionale, regolando i rapporti tra uno Stato e un altro Stato, ma non i rapporti tra uno Stato e la società degli Stati, riconosce bensì ai singoli Stati, ma non alla comunità degli Stati, la capacità di diritti e di doveri giuridici internazionali, cioè la personalità di diritto internazionale. Gl'interessi comuni a tutti gli Stati, cioè gl'interessi della comunanza internazionale, ricevono tuttavia una protezione nel campo del diritto penale. La società degli Stati ci appare, dunque, come un soggetto d'interessi penalmente protetti cioè d'interessi giuridici. Il fatto dell'appartenenza alla comunità giuridica degli Stati obbliga, infatti, internazionalmente ciascuno Stato a proteggere, mediante il suo diritto interno, non soltanto gl'interessi propri di ciascun singolo Stato straniero, ma altresì gli interessi che lo Stato nazionale ha in comune con tutti gli Stati stranieri appartenenti alla comunità internazionale cioè gli *interessi propri della società degli Stati* o *società internazionale*, come, ad esempio, l'interesse degli Stati alla sicurezza di

quella grande via internazionale che è il mare (interesse protetto mediante le sanzioni penali relative al delitto di pirateria); l'interesse degli Stati all'impedimento della diffusione delle malattie contagiose da uno ad altro paese; l'interesse dogli Stati all'impedimento della tratta e del commercio degli schiavi; l'interesse degli Stati alla integrità dei cavi telegrafici sottomarini, ecc. Anche le azioni umane individuali che *sostanzialmente* offendono gl'*interessi propri della società degli Stati* o comunità internazionale, non sono tuttavia *formalmente* violazioni del diritto internazionale, bensì violazioni, anch'esse, del diritto interno dello Stato.

ERRATA-CORRIGE

	invece di:	leggi:
A pag. xviii	Il *diritto o il pericolo*, ecc.,	Il *danno o il pericolo*, ecc.,
" 10	nota 20, puro	pure
" 56	riga 12, E che il delitto penale,	E che il diritto penale
" 67	riga 71, Tübingen 1903	Breslau, 1903
" 72	riga 9, e a subire	o a subire
" 78	riga 14, l'uno all'altro	l'una all'altro
" 83	nota 108, *Enciclopdie*	*Encyclopädie*
" 88	riga 4, mediante esse	mediante ess(
" 89	riga 25, alle *volontà*	alla *volontà*
" 117	riga 6, la distingue	lo distingue
" 128	riga 18, essa è chiamata	esso è chiamato
" 129	riga 4, e che egli faccia	a che egli faccia
" 129	riga 12, che essa	che esso
" 131	riga 10, diritto soggettivo	diritto oggettivo
" 131	riga 24, parallela	parallelo
" 141	riga 15, da esso	da essa
" 141	nota 7, Listz, *Die Granzgebiete*	Liszt, *Die Grenzgebiete*
" 143	nota 10, ripubblicate	non ripubblicate
" 145	nota 12, maggioranza	minoranza
" 150	riga 28, o illecita	e illecita
" 152	riga 16, con esso	con essa
" 156	riga ultima, locatore	conduttore
" 159	nota 7, *Notetand*	*Nothstand*
" 163	nota 20, *gegenwehrtige*	*gegenwärtige*
" 166	riga 24, essa garantisce	esso garantisce
" 174	nota 41, *Reetsh*	*Rechts*
" 181	nota 55, Impallomeeni	Impallomeni
" 191	riga 9, *preceptum legis*	*praeceptum legis*
" 195	riga 18, *lege penali*	*lege poenali*
" 200	nota 1, ora riprodotte	non riprodotte
" 248	riga 23, sono di valore	è di valore
" 267	riga 35, vantaggiose	svantaggiose
" "	" reltà	realtà
" 309	nota 79, riga 4, nie	sie
" 315	nota 91, Criminalogia	Criminologia
" 326	riga 10, domestico	privato
" 333	nota 116, *Vorstellungtheorie*	*Vorstellungstheorie*
" 337	nota 126, ultime righe, Oblando	Orlando
" 363	riga 16, insolvibilità	insolvenza
" 387	riga 6, mali inclinati	male inclinati
" 392	riga 11, delle sue cause	delle cause
" 398	nota 210, Firenze 1890	Firenze 1899
" 429	riga 15, del reato	nel reato
" 606	riga 11, Stato italiano	Stato nazionale

N° 64. **Alimena** B., I limiti e i modificatori dell'imputabilità. Vol. I° (esaurito).
„ 65. **Chironi**, Trattato dei privilegi, ipoteche e pegno. Vol. I°, in-8° L. 14. —
„ 66. **Vivante**, Trattato di diritto commerciale. Vol. II°, 2ª edizione „ 14. —
„ 67. **Galluppi**, Teoria dell'opposizione del Terzo come mezzo per impugnare le sentenze . . . . „ 8. —
„ 68. **Brondi**, Le pubbliche amministrazioni e la gestione d'affari „ 6. —
„ 69. **Paternò** L., La comunione dei beni nel codice civile italiano „ 14. —
„ 70. **Pincherli** E., La prova per testimoni nei processi penali . „ 2. 50
„ 71. **Ramella** A., Trattato sulla corrispondenza in materia civile e commerciale . . . . „ 10. —
„ 72. **Isnardi**, Principio e termine della personalità dell'individuo „ 3. 50
„ 73. **Alimena** B., I limiti e i modificatori dell'imputabilità. Vol. II° „ 12. —
„ 74. **Vivante**, Trattato di diritto commerciale. (Vedi sopra N° 66).
„ 75. **Krafft-Ebing**, Trattato di psicopatologia forense. . . . . „ 12. —
„ 76. **Graziani**, Istituzioni di Scienza delle finanze. 2ª ediz. . „ 20. —
„ 77. **Ramella**, I giornali e la legge commerciale . . . . . . „ 3. 50
„ 78. **Durando**, Il tabellionato o notariato . . . . „ 6. —
„ 79. **Gabba**, Questioni di diritto reale e personale. 2ª ediz. . . „ 8. —
„ 80-81. **Mori**, L'Amministrazione delle società anonime. 2 vol. „ 15. —
„ 82. **Tedeschi**, I contratti di borsa differenziali . . . . . . „ 4. —
„ 83. **Bruschettini**, Trattato dei titoli al portatore . . . . . . „ 10. —
„ 84. **Losana**, La separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede . . . . „ 5. —
„ 85. **Gabba**, Questioni di diritto successorio e contrattuale. 2ª ed. „ 10. —
„ 86. **Princivalle**, Le tasse di registro. Vol. I° . . . . „ 6. —
„ 87. **Rocco**, Le società commerciali in rapporto al giudizio civile (esaurito).
„ 88. **Vivante**, Trattato di diritto commerciale. Vol. III°, 2ª ediz. . „ 16. —
„ 89. **Pacelli**, Le acque pubbliche e i diritti dello Stato e dei privati (esaur.).
„ 90. **Ferri**, Difese penali e studi di giurisprudenza (esaurito).
„ 91. **Abello**, L'ipoteca testamentaria . . . . „ 4. —
„ 92. **Masè-Dari**, Il bilancio dello stato . . . . „ 5. —
„ 93. **Mazza**, La condizione illecita nei testamenti . . . . . „ 4. —
„ 94. **Alimena**, I limiti e modificatori dell'imputabilità. Vol. 3° . „ 12 —
„ 95-96. **Princivalle**, Le tasse di registro. Vol. 2° (in 2 parti) . . „ 15. —
„ 97. **Trione**, Gli stati civili nei loro rapporti giuridici coi popoli barbari e semibarbari . . . . „ 6. —
„ 98. **Brusa**, Codice di procedura penale norvegese . . . . . . „ 4. —
„ 99. **Lombroso**, Lezioni di medicina legale, con 74 fig. (esaurito).
„ 100. **Giannini**, Azioni ed eccezioni cambiarie (2ª edizione della Cambiale in giudizio) (esaurito).
„ 101. **Codovilla**, La legge sulle Camere di Commercio, 6 luglio 1862 „ 2. —
„ 102. **Vivante**, Trattato di diritto commerciale. Vol. IV, 2ª ediz. . „ 22. —
„ 103. **Navarrini**, I magazzini generali nella loro costituzione e nelle loro funzioni . . . . „ 6. —
„ 104. **Chiovenda**, La condanna nelle spese giudiziali (esaurito).
„ 105. **Ferreri**, L'asta pubblica nei contratti dei comuni . . . „ 4. —
„ 106. **Chironi**. Trattato dei Privilegi delle Ipoteche e del pegno. Vol. II „ 14. —
„ 107. **Nasi**. La responsabilità civile del tipografo nei reati di diffamazione ed ingiuria . . . . „ 5. —
„ 108. **Pincherli**, La vedova . . . . „ 5. —
„ 109. **Brunetti**, Del riscatto convenzionale nella compra-vendita . „ 3. —
„ 110. **Rocco**, Il concordato nel fallimento e prima del fallimento „ 14. —
„ 111. **Nani**, Storia del diritto privato italiano . . . . „ 12. —
„ 112. **Vivante**, Trattato di diritto commerciale. Vol. IV (vedi s. N° 102). „ 22. —
„ 113. **Campogrande**, Trattato della fidejussione . . . . . . „ 14. —
„ 114. **Fubini**, La dottrina dell'errore (esaurito).
„ 115. **Arcangeli**, La Società in accomandita semplice . . . . . „ 6. —
„ 116. **Toesca di Castellazzo**, L'offerta al pubblico . . . . . „ 5. —
„ 117. **De Benedetti**, Il ricorso per cassazione . . . . „ 6. —
„ 118. **Rezzara**, Dei mediatori e del contratto di mediazione . . . „ 6. —
„ 119. **Franceschini**, Il patrocinio gratuito . . . . „ 18. —

N. 120. **Dernburg,** Diritto delle obbligazioni . . . . L. 15 —
" 121. **Cocito,** Le assicurazioni terrestri . . . . " 6. —
" 122. **Chironi e Abello,** Trattato di diritto civile ital. Vol I, P.e Gen. " 20 —
" 123. **Atzeri,** La gestione d'affari nella dottrina e nella giurisprudenza " 10. —
" 124. **Graziani,** Istituzioni di Economia Politica. 2ª edizione . . " 15. —
" 125. **Pola,** Controversie sull'azione penale . . . . 8. —
" 126. **Bolchini,** Le pubbliche sottoscrizioni . . . . " 6. —
" 127. **Gabba,** Nuove questioni di diritto civile, I. 2ª edizione . . . " 8. —
" 128. **Pola,** Commento alla legge sulla condanna condizionale . . . " 5. —
" 129. **Dernburg,** Diritto di famiglia e diritto dell'eredità . . . . " 18. —
" 130. **Fubini,** La teoria dei vizi redibitorii nel diritto civile e commerciale italiano . . . . " 12. —
" 131. **Rocco,** La sentenza civile . . . . " 5. —
" 132. **Dernburg,** Pandette. Vol. I, p. I. Parte generale . . . . . " 12. —
" 133. **Alimena,** Studi di procedura penale . . . . " 12. —
" 134. **Gross,** La polizia giudiziaria, con figure . . . . " 12. —
" 135. **Gabba,** Nuove questioni di Diritto civile, II . . . . " 7. 50
" 136. **Dernburg,** Pandette. I, p. II, Diritti reali . . . . " 12. —
" 137. **Lumbroso,** La garantia nella vendita e nella locazione di Diritti industriali . . . . " 4. —
" 138. **Cognetti-De Martiis,** Il compromesso . . . . " 2. 50
" 139. **Navarrini,** Studi e questioni di Diritto commerciale . . . . " 5. —
" 140. **Sarfatti,** Del contratto d'abbonamento alle cassette di sicurezza nelle banche . . . . " 5. —
" 141. **Buzano,** Domicilio di soccorso degli indigenti infermi nel D. I. " 3. —
" 142. **Manzini,** Trattato di diritto penale italiano. Vol. I . . . . " 12
" 143. **Baldi,** Le leggi sull'elettricità. Testo, commenti ed illustrazioni " 6. —
" 144. **Vaccaro,** Genesi e funzione delle leggi penali. 3ª edizione . " 6. —
" 145. **Luzzatto,** La comproprietà nel diritto italiano . . . . . . " 5. —
" 146. **Bonaudi,** Sospensione degli atti amministrativi . . . . . . " 4. 50
" 147. **Brunetti,** La cambiale in bianco . . . . " 8. —
" 148. **Lumbroso,** Responsabilità limitata degli Armatori . . . . . " 3. —
" 149. **Manzini,** Trattato di diritto penale italiano. Vol. II . . . . " 16
" 150. **Cicala,** Rapporto giuridico, diritto subiettivo e pretesa . . . " 8. —
" 151. **Costa,** Storia delle fonti del diritto romano . . . . " 7.
" 152. **Toesca di Castellazzo,** Il prezzo dell'avviamento, il sovrapprezzo delle azioni e l'imposta di ricchezza mobile . . . . . " 5. —
" 153. **Sorge-Vadalà,** I rapporti di vicinato . . . . " 7. —
" 154. **Savagnone,** Le incompatibilità amministrative (con speciale riguardo a quelle fra congiunti) . . . . " 4. 50
" 155. **Capello,** Diffamazione e ingiuria. 2ª edizione . . . . . . " 10. —
" 156. **Loria,** Corso completo di economia politica . . . . " 18. —
" 157. **Manzini,** Trattato di diritto penale italiano. Vol. III . . . . " 15. —
" 158. **Buzano,** La condotta medica in Italia . . . . " 5. —
" 159. **Pateri,** Gli infortuni sul lavoro . . . . " 16. —
" 160. **Soprano,** Responsabilità civile e penale degli amministratori di società per azioni . . . . " 8. —
" 161-162. **Navarrini,** Trattato elementare di diritto commerciale. 2 vol " 25. —
" 163-164. **Longo,** Commento al Codice penale italiano. 2 vol. . . . " 30. —
" 165. **Costa,** Storia del diritto romano privato . . . . " 15. —
" 166. **Bonaudi,** Tutela degli interessi collettivi . . . . " 6. —
" 167. **Catellani,** Il diritto aereo . . . . " 8. —
" 168. **Manzini,** Trattato di diritto penale italiano. Vol. IV . . . . " 24. —
" 169. **Carboni M.,** Della obbligazione nel diritto odierno . . . . " 8. —
" 170. **Majorana G.,** La prescrizione in materia di commercio . . . " 9. —
" 171. **Manzini,** Manuale di procedura penale . . . . " 25. —
" 172. **Caporali,** Istituzioni di diritto commerciale . . . . " 8. —
" 173. **Fumagalli,** Il diritto di fraterna . . . . " 5. —
" 174. **Manzini,** Istituzioni di diritto penale italiano . . . . . . " 12. —
" 175. **Navarrini,** Trattato teorico pratico di diritto commerciale. Vol. I " 12. —
" 176. **Manzini,** Trattato di diritto penale italiano. Vol. V . . . . " 22. —